

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
NOTION D'ORDRE PUBLIC
DANS SES RAPPORTS AVEC LA
JURISPRUDENCE CIVILE
ET COMMERCIALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 26 Janvier 1899, à 10 heures

PAR

HENRI MASSON

Avocat à la Cour d'Appel
Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

*Il est important de considérer quels sont les principes
des lois, pour connaître quelles sont la nature et la
fermeté des règles qui en dépendent.*

DOMAT. Traité des Lois : Ch. 1, § 2.

Président : M. ANDRÉ WEISS, Professeur.
Suffragants : { MM. PLANIOL, Professeur.
PIÉDELIÈVRE, Agrégé.

PARIS
A. PEDONE, Éditeur
LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, Rue Soufflot, 13

1899

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
NOTION D'ORDRE PUBLIC
DANS SES RAPPORTS AVEC LA
JURISPRUDENCE CIVILE
ET COMMERCIALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 26 Janvier 1899, à 10 heures

PAR

HENRI MASSON

Avocat à la Cour d'Appel

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

*Il est important de considérer quels sont les principes
des lois, pour connaître quelles sont la nature et la
fermeté des règles qui en dépendent.*

DOMAT. Traité des Lois : Ch. 1, § 2.



Président : M. ANDRÉ WEISS, Professeur.

Suffragants : { MM. PLANIOL, Professeur.
PIÉDELIÈVRE, Agrégé.

PARIS

A. PEDONE, Éditeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot, 13

1899



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A la mémoire de mes Grands-Parents

A mon Père. — A ma Mère

A ma Sœur

OBSERVATIONS

- 1° *Les lettres P. F. qui précèdent les citations de jurisprudence se réfèrent au Recueil des Pandectes Françaises.*
 - 2° *Les lettres P. Chr. indiquent les renvois au Recueil des Pandectes Françaises Chronologiques.*
 - 3° *Le Cours de Droit Civil de MM. Aubry et Rau, est cité d'après la cinquième édition, revue et augmentée par MM. Rau et Falcimaigne.*
 - 4° *Les articles du Code Civil Allemand et de la Loi d'Introduction pour l'Empire d'Allemagne sont cités d'après la traduction de M. de Meulenaère, conseiller à la Cour d'Appel de Liège.*
-

PRÉFACE

La présente étude est un essai sur la notion d'ordre public : notion obscure, difficile à analyser, mais dont on trouve une application fréquente dans la jurisprudence et dans les auteurs.

Deux méthodes s'offraient pour mener à bonne fin l'œuvre entreprise : l'une partant d'une définition sûre, autant qu'elle peut l'être en pareille circonstance, procédant avec suite, pour déduire les conséquences des principes posés et pour mener le lecteur à la conclusion cherchée, en le dirigeant vers le but, comme s'il était guidé par un fil conducteur. L'autre méthode, d'apparence plus modeste, procédant avec prudence comme il convient lorsqu'on se hasarde au milieu des dangers, cherchant dans les faits, dans la jurisprudence, surtout, les éléments dont elle composera la définition finale de la notion qu'elle cherche ; méthode moins harmonieuse que la précédente, fondée sur une définition placée au début même de

l'étude ; mais qui avait peut-être l'avantage de ne pas imposer à l'esprit l'idée préconçue d'une notion abstraite et systématique.

Cette seconde méthode est celle qui a été suivie dans cette étude : aux juges bienveillants qui en feront la critique on demandera beaucoup d'indulgence. A tous ceux qui voudront bien suivre le développement on demandera aussi, avant toute introduction, d'admettre comme constants, certains faits que tout observateur découvre par une étude même rapide et superficielle de l'organisation des sociétés modernes.

On ne remettra pas en question dans le cours de cette étude l'examen des principes au nom desquels se gouvernent les nations civilisées. On constatera que les Codes, que le nôtre en particulier, après avoir réglé les droits des personnes, reconnu la propriété et les droits réels, et établi les rapports juridiques des personnes et des choses, doivent, pour conserver les institutions qu'ils ont créées ou fortifiées, enlever à la liberté des conventions particulières, tout un groupe de lois, toute une classe d'institutions dont la permanence et la stabilité sont nécessaires au bon gouvernement des sociétés.

Ainsi nous découvrons tout de suite qu'il faut protéger, même contre la liberté des conventions les droits et les facultés légales dont l'exercice est indis-

pensable pour remplir les obligations qu'imposent la puissance paternelle ou l'autorité maritale. Même nécessité de ne pas abandonner au gré des contractants le règlement de la situation des incapables. Même nécessité encore de surveiller comment s'établissent ou se modifient les droits réels ; comment les biens se transmettent et comment leur circulation influe sur les rapports juridiques qui lient les personnes.

Ainsi le cours de ce développement nous amènera sans cesse à montrer cette opposition des intérêts généraux et des intérêts particuliers. Nous verrons en certains cas pourquoi c'est l'ordre général ou ordre public qui doit prévaloir sur la volonté de chacun ; mais on verra aussi que le principe admet avec lui-même des exceptions et que loin d'être un obstacle au libre exercice de la volonté humaine, il n'en limite le domaine que pour rendre plus fécond l'effort qu'il contient, en le dirigeant, en le ramenant toujours vers le but qui lui est assigné et qu'il doit seul poursuivre.

C'est dans la jurisprudence que sont pris les exemples pratiques sur lesquels on a discuté. Les applications sont si variées que l'on n'a eu que l'embarras de choisir. Parfois on a cru devoir invoquer des décisions de pays étranger ; la comparaison n'a fait que mettre en lumière une fois de plus l'unité de l'esprit

humain. Cependant la présente étude est limitée à l'ordre public interne. L'ordre public international qui n'est pas une notion plus claire que celle d'ordre public interne est peut-être plus que lui difficile à préciser. Des maîtres éminents ont abordé cette étude ; on n'aurait montré que sa faiblesse en cherchant à les suivre. Mais on a dû plus d'une fois s'inspirer de leur méthode ; s'éclairer de leurs conseils. Les meilleures parties de ce travail se ressentiront de cette inspiration.

*
* *

Nous allons maintenant aborder notre sujet, pour étudier après une courte introduction historique, d'abord dans une première partie la notion théorique de l'ordre public ; puis dans une seconde ses applications pratiques. Ce n'est qu'arrivé au terme de ce double développement que nous essaierons de conclure pour chercher la formule où se résumera le présent travail.

APERÇU SOMMAIRE

Du développement historique de la notion d'ordre public.

Introduction historique.

C'est le propre de l'esprit critique de ne jamais accepter comme définitives les solutions qu'il a trouvées, et de rechercher par des voies différentes la discussion des problèmes que l'on considérait comme résolus. Cette inquiétude de l'esprit serait dangereuse dans le domaine du droit, s'il n'y avait pour soutenir les systèmes des notions invariables et des principes certains.

De ces notions essentielles, qui sont le fondement de tout système juridique, la notion d'ordre public est une de celles que le Code civil a placées dans son titre préliminaire. Ce qu'elle a été, ce qu'elle est, ce qu'elle pourrait être, c'est là le triple objet de cette étude. Après un aperçu de la question historique, nous étudierons la notion dans ses éléments et ses applications présentes : nous verrons quelles sont les

sanctions de l'ordre public, et enfin quels rapports peuvent et doivent l'unir, d'une part à la pratique judiciaire quotidienne, d'autre part aux sciences morales où il trouve son origine et sa raison d'être.

I

La notion d'ordre public est connue dans le dernier état du droit Romain : on invoque souvent pour le prouver la loi 6, § 1^o au Digeste, livre 2, titre 3 : « *Pacta quæ contra leges constitutionesque vel bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.* » On pourrait citer dans le même sens les textes suivants du Digeste : II, 14, 38, 1 ; L, 17, 45 ; et au Code II, 3, 6, 1. Ce qu'il faut noter c'est que les textes ne définissent pas l'ordre public ; tantôt ils le considèrent comme l'ensemble des règles du droit privé auxquelles la volonté des particuliers ne peut opposer aucun changement ; tantôt ils l'assimilent à une maxime de droit public ; mais certainement la liberté d'interpréter cette notion avait diminué avec les pouvoirs des magistrats, réduits de plus en plus au rôle d'interprète des lois. Le droit Romain était formé : il appartenait à des nations plus jeunes de le développer.

Dans l'incertitude des premières tentatives faites

au Moyen-Age pour fixer les règles indécises du droit, la morale chrétienne apparaît comme une règle qui l'impose même à la violence des plus forts. Beaumanoir (1) indique qu'au-dessus de la volonté de chacun, il y a un ordre supérieur que tous doivent respecter. Même « celui qui a franc pouvoir de faire ce qui lui plaît » doit s'abstenir « des vilains cas et des méfaits qui sont défendus entre chrétiens ».

La morale et le droit s'unissent pour opposer une barrière au dérèglement qui naît d'ordinaire aux époques troublées. Au ^{xvi}^e siècle, Dumoulin (2) s'indigne contre les prétentions de certaines personnes, de noblesse ou de roture.

Nous disions aujourd'hui qu'on doit prohiber comme contraire à l'ordre public ce qu'il appelle : « *Jura exorbitantia, graves et odiosæ, ne dicam, servitutes.* » Cependant, il faut arriver à Lamoignon, et aux Ordonnances de Louis XIV pour trouver une notion nette et précise de l'ordre public, en particulier dans la Préface de ses Arrêtés, où Lamoignon se propose de redresser, « et de corriger certains usages extraordinaires qui se sont introduits en quelques lieux contre l'ordre du droit commun. » Désormais la notion et le nom même sous laquelle nous la connaissons apparaissent dans la jurisprudence et la loi ; par exem-

(1) Beaumanoir, Ed. Beugnot, Tome 2, p. 234.

(2) Dumoulin, *Coutume de Paris*, Titre des Fiefs.

ple dans un Arrêt du Parlement de Paris, en date du 13 mai 1681 (1), homologuant les Statuts des notaires de Paris, et dans un Arrêt du Conseil d'Etat (2) du 24 mai 1766, » à l'occasion des disputes qui se sont élevées au sujet des deux puissances temporelle et spirituelle. » — « Le Roi, s'étant fait représenter l'arrêt rendu en son Conseil le 15 septembre 1765, considérant que le gouvernement des choses humaines, et tout ce qui intéresse l'ordre public est entièrement et uniquement de son ressort..... » Les Arrêts du Conseil sur la Bourse, en particulier celui du 7 août 1785 (3), destiné « à protéger la foi publique et la sûreté du commerce » s'inspirent de la même idée.

II

Le projet de Code Civil, de l'an X, contenait dans son article 8, une disposition analogue à celle de notre article 6, et conçue à peu près dans les mêmes termes. Cet article paraissait obscur au Tribun Andrieux (4), qui en fit la remarque, dans la séance du 12 frimaire an X : « Qu'est-ce qui intéresse l'ordre

(1, 2, 3.). Cf : Paillet, *Collection des Lois*, Tome 1, p. 50 et tome 2, p. 392 et 685.

(4) Discussion des Codes, (éd. Didot, Paris, 1820), t. IX, p. 37.

public et les bonnes mœurs? Ces expressions peuvent paraître suffisamment intelligibles dans le discours ordinaire, mais elles ne sont pas assez précises pour entrer dans la rédaction d'une loi. » La discussion du Titre Préliminaire fut reprise le 4 ventôse de l'an XI. Portalis indiqua, au début de la séance, l'importance qu'il attachait à cette définition. « Ce n'est, dit-il, que pour maintenir l'ordre public qu'il y a des gouvernements et des lois. Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait dissoudre l'état (1). » Portalis, s'inspirant de la tradition romaine donnait à cette notion le sens étroit et précis d'une règle de gouvernement. Telle était l'opinion commune. « Je ne m'étendrai pas, dit le Tribun Faure (2), sur les motifs de cet article 6, qui a obtenu l'assentiment général. » Personne ne souleva un débat, qui pût mettre en jeu les principes dont il s'inspire, quand cet article reçut de Boulay de la Meurthe, sa rédaction actuelle.

III

Le législateur avait fait son œuvre : celle de la jurisprudence et de la doctrine allait commencer, œuvre immense, variée comme les faits et les espèces

(1) Discussion des Codes, tome II, p. 19 et 20.

(2) Discussion des Codes, tome 2, p. 45.

qu'elles rattachent au principe même de la notion d'ordre public. Malgré l'abondance des détails, nous avons dû choisir pour les classer, car, ainsi que l'écrivait Montesquieu (1) : « Qui pourrait tout dire sans un mortel ennui ? » Chacun des titres de cette étude, sera donc consacré à l'explication d'un principe, dont chacun des chapitres contiendra une application.

(1) Montesquieu, *Préface de l'Esprit des Loix*.

LIVRE PREMIER

ETUDE THÉORIQUE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

TITRE PREMIER

DE LA NÉCESSITÉ D'UNE NOTION D'ORDRE PUBLIC DANS LE DROIT PRIVÉ.

« Le législateur, dit Zachariæ (1), n'a point déterminé quelles sont les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs : il s'en est remis pour la solution de cette question aux traditions de la science. » La science n'a pas répondu à son attente ; la classification qu'il indique n'est pas faite encore (2). Cepen-

(1) Zachariæ, *Droit Civil*, Introduction, p. 64, § 36.

(2) Aubry et Rau : (5^e édition), tome 1^{er}, p. 178.

dant l'œuvre du sentiment a devancé celle de la science; où le texte fait défaut, le bon sens apporte ses lumières: on sent mieux que l'on n'explique la puissance de cette notion d'ordre public, qui protège les droits, et les limite en même temps.

Protection et limitation, c'est le double rôle de cette notion. Dans un ordre social, bien établi, il n'est pas moins nécessaire de limiter l'étendue des droits que de protéger leur exercice. — Sans la puissance qui l'impose, le droit n'est qu'un idéal d'autant plus difficile à atteindre qu'il est plus parfait: sans la raison qui le limite, le droit risque d'être entraîné dans les séductions de la fantaisie ou les dangers de l'arbitraire; créer un droit ce n'est pas le faire naître pour livrer son exercice au hasard: il faut le protéger pour le rendre fort; mais il faut le limiter pour le rendre utile.

Le père a sur son enfant des droits que l'on réunit sous le nom de puissance paternelle; la femme obéit à son mari qui l'habilite aux actes de la vie civile; l'incapable est soumis à une tutelle qui protège sa personne et ses biens; voilà autant de droits dont il faut protéger l'exercice, mais dont il faut prévenir les abus. Aux droits du père correspondent des devoirs: s'il ne les remplit pas la loi lui retire son droit; si le mari abuse de son pouvoir, la loi tutélaire protège la femme;

l'incapable trouve dans l'organisation de la tutelle un contrôle des actes de son tuteur.

Si des droits des personnes nous passons au patrimoine, nous voyons que là encore l'exercice des droits n'est pas sans limite ; il y a des restrictions qui grèvent le domaine de propriété ; ses démembrements font l'objet de dispositions spéciales.

Mêmes observations encore dans cet autre domaine, pourtant si large des conventions : à la volonté des parties la loi oppose une barrière. Il faut s'arrêter devant la défense des lois : au-delà c'est le délit, parfois le crime.

Limiter et protéger, n'est-ce pas une antinomie ? à quoi bon limiter ce qu'on crée au moment même où la liberté de son exercice semble la source la plus féconde de la vitalité du droit ? Cette limitation est pourtant nécessaire : elle est dans la nature même des choses ; autrement la force déchaînée tournerait contre elle-même son entraînement aveugle. D'autres intérêts, les plus nombreux, les plus sacrés, appellent encore cette limitation : c'est la faiblesse de l'enfant, l'inexpérience de la femme ; l'organisation de la propriété, les droits acquis des tiers ! A quoi bon accumuler les preuves : elles se présentent trop nombreuses pour les énumérer toutes.

Une notion d'ordre public est donc nécessaire dans le droit privé, soit pour protéger l'exercice des facul-

tés légales, soit pour limiter cet exercice même. Mais comment se fait cette limitation ou cette protection, comment s'exerce l'effet de cette règle nécessaire, c'est là ce que nous nous proposons d'étudier dans les cinq chapitres de ce Titre Premier, consacrés à la nécessité de la notion que nous étudions, dans ses rapports : 1^o avec la puissance maritale ; 2^o avec la puissance paternelle ; 3^o avec l'incapacité ; 4^o avec le droit de propriété ; 5^o enfin, avec la liberté des conventions. Si l'on aime mieux, l'on verra dans ce Titre, les rapports qui unissent l'état des personnes, les droits réels, et les droits personnels avec la notion d'ordre public ; — la personne et ses droits considérée dans ses rapports avec cette notion.

CHAPITRE PREMIER

Protection et Limitation de la Puissance maritale.

« Femme mariée, disait une ancienne coutume (1), n'a ni vouloir ni avoir, d'autant qu'elle doit vivre suivant la loi de son mari, auquel elle doit assujettir toutes ses affections. » Sans doute cette idée ancienne n'a

(1) Coutumes de Reims, article XIV.

pas disparu de nos jours et Pardessus a pu dire encore que « le mari est toujours chef et maître de la femme (1). » Mais si la loi a pris soin de protéger l'exercice de la puissance maritale, elle a mis un égal soin à la limiter. Le droit de demander la séparation de biens, le bénéfice d'émoluments, l'hypothèque légale de la femme mariée sont autant de droits qui limitent et protègent les intérêts pécuniaires de la femme. On peut même dire que les lois postérieures au Code civil ont pris des précautions minutieuses pour limiter cet antique pouvoir du mari, dont on redoute de plus en plus l'exercice sans contrôle : on en trouverait un exemple dans les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889 sur la Subrogation dans l'hypothèque légale de la femme mariée. Il semblerait, au moins en ce qui touche l'exercice de la puissance maritale, que l'ordre public soit aujourd'hui plus intéressé à la limiter qu'à l'étendre.

Cette idée a trouvé dans la jurisprudence l'appui des plus hautes autorités ; cependant il est un point où ce mouvement paraît avoir rencontré dans la doctrine une vive et sérieuse résistance.

Le Code civil, dans son article 1595, défend en principe la vente entre époux ; il craint que le mari n'abuse de l'inexpérience de la femme pour déguiser

(1) Pardessus, *Droit commercial*, Tome 1, n° 64.

sous un paiement apparent le profit d'un contrat avantageux pour lui seul. Mais si tout le monde est d'accord pour interpréter ce texte, on est loin de trouver la même unanimité, quand la même question se pose pour les autres contrats entre époux : le louage, le cautionnement, et surtout la société. Faut-il permettre la société entre époux ? C'est une des questions qui sépare le plus la doctrine et la jurisprudence.

Les Cours d'appel et la Cour de Cassation sont aujourd'hui d'accord pour refuser de reconnaître comme licites les sociétés entre époux. La Chambre civile (1) s'est nettement prononcée dans un arrêt du 8 mars 1888 : « Attendu qu'il résulte des principes de la puissance maritale, que toute société existant entre époux, même séparés de biens judiciairement, conférerait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatibles avec la puissance maritale. » La Cour de Nîmes (2) s'est prononcée dans le même sens par arrêt du 18 décembre 1886 ; bien plus, elle a logiquement appliqué le principe, en considérant que si un mariage est contracté par deux associés de sexe différent, la Société est dissoute de plein droit, « l'état de mariage étant incompatible avec une association entre

(1) Civ. Rej. 7 mars 1888, (Legendre) P. Fr : 88, 1, 113.

(2) Nîmes, 18 décembre 1886, (Delapierre) P. Fr : 87, 1, 400.

époux. » Cette jurisprudence paraît aujourd'hui définitive, et elle s'appuie encore sur l'autorité de Troplong et de M. Guillouard.

Elle est au contraire vivement combattue par MM. Lyon-Caen et Renault : « Les époux, disent ces auteurs, ne peuvent pas, d'après la jurisprudence, former valablement une Société entre eux, par ce motif que l'égalité de droits qui existe entre deux associés ne se concilie pas avec la subordination de la femme au mari. Cette considération vague ne peut suffire en l'absence de textes. » (1)

Malgré l'autorité de cette doctrine, conforme d'ailleurs à celles de Duranton et de Laurent, nous admettons la solution que consacre la Cour de Cassation. Sans doute, comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault, il n'y a pas de nullités sans textes ; mais, dans l'espèce ce texte existe : c'est l'article 1832 Civ. En effet, pour qu'il y ait une Société il faut qu'une convention intervienne entre personnes capables. Comment la femme pourrait-elle faire cette convention puisque sa capacité est limitée par l'article 217, Code civil ? On dira que le mari peut l'autoriser ; cela est vrai, mais alors ne peut-on pas répondre que le mari agira surtout dans son intérêt personnel ; et précisément l'article 1832 exige que toute Société soit

(1) Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, T. 2. n° 78.

contractée dans l'intérêt commun des parties. Que deviendrait d'ailleurs le contrat de mariage et l'immutabilité des conventions matrimoniales ? La Société entre époux est donc nulle, parce qu'on ne peut y rencontrer les caractères juridiques exigés dans les Sociétés licites par les articles 1832 et 1833 Civ., et que d'autre part une pareille Société serait manifestement contraire aux articles 1387 et 1394 du même Code. Ce n'est pas toujours dans l'interprétation littérale des prohibitions de la loi qu'on trouvera la notion exacte de l'ordre public, nous croyons dans l'espèce, que l'on protège mieux la femme, en limitant ses droits, qu'en lui concédant une égalité plus dangereuse qu'utile. Associée du mari la femme n'est peut-être plus incapable ; mais gardons-nous d'étendre sa capacité là où elle court le risque de n'être associée qu'à des dangers, à des erreurs et peut-être même à des fautes. Il n'est pas conforme à l'esprit des conventions matrimoniales, dit M. Guillouard (1), d'établir une Société au cours du mariage, à un moment où les intérêts de l'un ou l'autre conjoint, surtout de la femme, peuvent être sacrifiés. Troplong résumait sa conclusion en cette formule (2) : « Admettre une Société entre époux, c'est défaire son propre travail ».

(1) Guillouard, *Contrat de Mariage*, T. 1, n° 229.

(2) Troplong, *Contrat de Mariage*, T. 1, p. 210.

La doctrine paraît donc, elle aussi, bien décidée à restreindre, dans certaines circonstances, et dans l'intérêt de l'ordre public, la puissance maritale. La même solution est consacrée par les articles 1354 et 1357 du Nouveau Code civil Allemand.

CHAPITRE II

Protection et Limitation de la Puissance paternelle.

« La loi civile, dit M. Guillouard, en proclamant l'autorité paternelle ne fait que reconnaître les principes éternels de la loi naturelle (1). » Nulle autorité certainement n'est plus respectable ; à quoi bon, semble-t-il, faire intervenir ici une limitation au nom de l'ordre public ; le père trouve dans son affection la mesure de l'exercice de son droit. Malheureusement des abus se produisent, si nombreux même, que la jurisprudence doit encore compléter l'œuvre de la loi de juillet 1889.

La question se pose, sur les clauses testamentaires, enlevant au père l'usufruit ou l'administration légale des biens de ses enfants. L'ordre public exige-t-il qu'on les valide ou qu'on les annule ?

(1) Guillouard, *Contrat de Mariage*, T. 1, p. 209.

Un arrêt du Parlement de Paris, rendu le 20 juin 1781 (1), sur les conclusions de l'avocat général Séguier, avait admis la validité de ces clauses, attendu que le testateur qui pouvait ne pas léguer, « avait pu apposer à sa libéralité telle clause qu'il jugeait à propos ». Cujas, sur la Nouvelle 117, et Voët, livre 26, titre 2, n° 5, se prononçaient dans le même sens. La même solution est encore aujourd'hui admise par les Cours d'appel. Il suffit de consulter à ce sujet un arrêt de la Chambre civile (2), en date du 3 juin 1872 : « Attendu, dit la Cour, que si les mesures prescrites par le testateur apportent des restrictions aux pouvoirs d'administration du père sur les biens de ses enfants, elles laissent intacts ses droits sur la personne de ces derniers ; que dès lors elles ne portent pas atteinte aux attributs de la puissance paternelle, et ne sont contraires ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public ».

Certains auteurs cependant demeurent attachés au système qui annule les clauses testamentaires privatives du droit d'administration légale, comme contraires à l'ordre public. Néanmoins ils se montrent beaucoup moins rigoureux en ce qui touche l'usufruit

(1) Denisart, *Nouveau Répertoire*, au mot : Tutelle ; sect. 2, § 1^{er}, n° 5.

(2) *Pandectes chronologiques* : V^o volume ; 1^{re} partie, page 78.

légal. Voici comment ils raisonnent : Si l'usufruit légal est un avantage pécuniaire, l'administration légale est un devoir. On comprend qu'on puisse enlever au père un avantage pécuniaire mais non pas un droit uni d'une manière indissoluble à l'exercice d'un devoir.

On a répondu, et nous répondrons encore à cette argumentation de la manière suivante : L'administration légale (article 389, C. Civ.) est certainement un droit ; mais ce droit est un droit sur les biens et non sur la personne de l'enfant. On peut comprendre et l'on doit même mettre hors de discussion, que les droits sur la personne de l'enfant ne puissent être exercés par d'autre que par le père, car ceux-là sont avant tout l'accessoire de ses devoirs ; mais tout autre est un droit sur les biens. Sans doute leur administration entraîne pour celui qui en a la charge des obligations ; mais ces obligations ont un caractère civil et non plus moral. Qu'un devoir moral soit essentiellement attaché à la puissance paternelle, on le conçoit facilement : on ne comprendrait pas au contraire que l'administration légale fût toujours réservée au père, surtout lorsqu'il est incapable de gérer soigneusement les biens de son enfant.

Cette argumentation avait reçu autrefois l'approbation de Proudhon (1) : « La clause prohibitive de

(1) Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tome I, n° 242.

l'administration, n'ayant aucun rapport au pouvoir du père sur le gouvernement de la personne des enfants, ne touche en rien à la puissance paternelle et ne peut conséquemment tendre à l'affaiblir ».

Le Code Civil Allemand dans son article 1638 admet également qu'un testateur peut enlever au père l'administration légale. L'article 1639 dispose que le père doit suivre les ordres du donateur ; si le père ne se conforme pas à ces ordres, le Tribunal des Tutelles prendra des mesures pour leur exécution. Au reste, le législateur Allemand, dans l'article 1643, assujettit le père aux mêmes obligations que le tuteur, en ce qui concerne ses rapports avec le Tribunal des Tutelles.

Nous croyons que sur ce dernier point le Code Allemand n'a pas gardé la mesure qu'il convenait ; sans doute il serait dangereux de laisser sans limites et sans frein l'exercice de la puissance paternelle. Mais il n'est pas juste de prendre contre le père des mesures de défiance comme vis-à-vis d'un tuteur datif. Quand on restreint l'autorité paternelle, il ne faut pas dépasser les limites qu'indiquait la Cour d'Orléans (1), dans un arrêt du 31 janvier 1854, « afin que les obligations imposées aux enfants d'avoir pour leurs parents honneur et respect ne soient pas alté-

(1) Orléans, 31 janvier 1854 (Babeuille). P. Chron. III, 2, 135.

rées ». Nous préférons sans aucune hésitation l'esprit du Code Français, peut-être trop large dans certaines dispositions ; mais en laissant l'austérité de la *patria potestas* antique, il en avait gardé la forte tradition. L'avenir dira si le législateur Allemand a été bien inspiré en supprimant de son Code notre article 371, C. Pour intéresser l'ordre public au maintien de l'autorité paternelle, il ne fallait pas la transformer en une sorte de tutelle légale. Les Codes Hollandais (article 353), Italien (article 220), et Espagnol (article 154), ont conservé au contraire le principe de notre système sur l'exercice et les limites de la puissance paternelle.

CHAPITRE III

Protection et limitation de l'incapacité.

Si l'ordre public est intéressé à limiter la puissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant, il ne l'est pas moins à protéger les droits de l'incapable quand, de la puissance paternelle, il passe sous l'autorité d'un conseil de famille. Aussi c'est une des questions les plus difficiles de la tutelle que de savoir s'il faut donner au conseil de famille un pouvoir discrétion-

naire sur la personne de l'incapable. En ce qui touche les biens, on a toujours admis que l'on devait prendre pour règle l'article 883 du Code de procédure civile. Mais cet article s'applique-t-il à la personne du pupille, et que faut-il décider dans le cas où la décision du conseil de famille a été prise à l'unanimité des voix ?

La jurisprudence s'est divisée sur ce point. Un arrêt de la Cour de Rouen (1) du 27 juillet 1891 se prononce encore en faveur du pouvoir souverain du conseil de famille, « attendu qu'en dehors du cas d'excès de pouvoir, la loi attribue au conseil de famille une juridiction souveraine, et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de contrôler et de réviser sa décision ». Cette jurisprudence cependant n'a pas été admise par la plupart des Cours d'appel : on peut citer en sens contraire un arrêt de la Cour de Besançon (2). « Attendu, dit cette Cour, que pour mieux assurer la garde des intérêts du mineur, le législateur de 1806 a expressément manifesté sa volonté de les placer toujours sous la surveillance combinée de la famille et de la justice ». La Cour de Cassation s'est prononcée également en ce sens et elle a donné à ce système la consécration de son autorité souveraine par arrêt de la Chambre des Requêtes (3), du 8 no-

(1) Rouen, 27 juillet 1891 (Talabart). P. Fr. 92, 2, 222.

(2) Besançon, 29 janvier 1896 (Collisson). P. Fr. 96, 2, 229.

(3) Req. Rej. 8 novembre 1893 (Bosc). P. Fr. 94, 1, 510.

vembre 1893. « Attendu, dit la Cour, que l'article 883 confère aux tribunaux le droit d'annuler les délibérations du conseil de famille contraires aux intérêts du mineur ».

Cette jurisprudence est vivement combattue par MM. Weiss et P.-L. Lucas, dans une note (1) sous un arrêt de la Cour de Paris (7^e chambre) en date du 19 novembre 1887. « L'art. 883 du Code de procédure civile, disent ces auteurs, a trait uniquement aux délibérations qui concernent l'administration des biens du pupille.

Nous croyons cependant, que, malgré l'autorité de cette interprétation, cette doctrine n'est pas celle qui doit être suivie. Elle se heurte à trois objections : à la tradition d'abord, dont Domat (2) se fait l'interprète quand il ne donne au tuteur « le nom de maître que pour administrer en bon père de famille », et dont le conseiller d'Etat Berlier invoque l'autorité au début de son Exposé des Motifs, dans la séance du 12 avril 1806 (3). « Parmi les dispositions nouvelles, il en est plusieurs qui doivent améliorer cette partie de nos institutions.... Il convient d'appeler le plus de garanties possible contre une inertie justement redoutable ». — Nous invoquons en second lieu en notre

(1) Paris 19 novembre 1887 (Rosset). P. Fr. 89, 2, 101.

(2) Domat, *Lois civiles*, tome 3, p. 139 et 144.

(3) Discussion du Code de procédure, tome 2, p. 290-291.

faveur l'opinion des plus autorisés parmi les auteurs de commentaires sur le Code de procédure : Chauveau, sur Carré et Dutruc. M. Dutruc (1) ne craint pas d'affirmer « que l'article 883 ne comporte aucune distinction ». Enfin nous croyons qu'il est plus utile et plus pratique en même temps, d'ouvrir immédiatement aux intéressés une voie de recours contre les actes du tuteur, que d'attendre le moment où une difficulté naîtra de la reddition même des comptes de tutelle. Mieux vaut fixer immédiatement les droits et les responsabilités de chacun.

Chauveau sur Carré écrit en ce sens : « Il vaut mieux soumettre le débat aux tribunaux que d'attendre que le mineur vienne longtemps après attaquer la délibération du conseil de famille, lorsqu'on pourrait croire définitivement fixés les droits qu'elle avait établis (2). »

D'ailleurs cette conclusion nous paraît conforme à l'esprit général qui anime maintenant la jurisprudence (3). Nous pensons pour notre part que s'il est pénible de faire intervenir les tribunaux dans des affaires d'ordre purement domestique, cette intervention est encore préférable à des abus d'autorité. L'ordre public lui-même ne saurait s'accommoder d'un

(1) Supplément, tome 1, p. 498, n° 12.

(2) Chauveau sur Carré. Question 2296, tome 6, p. 756.

(3) Caen, 13 décembre 1897 (V. Blouet). P. F. 98, 2, 163.

pouvoir sans limites accordé au conseil de famille : ce n'est pas quand le mal est irréparable qu'il faut chercher un remède. C'est en ce sens que concluent MM. G. Rau et Falcimaigne, dans leur commentaire sur Aubry et Rau (1) : « La délibération peut être attaquée, disent-ils, alors même qu'elle aurait été prise à l'unanimité et qu'elle ne serait pas sujette à homologation ». Cette formule résume et constate l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de Cassation (2).

CHAPITRE IV

Protection et limitation de la liberté des héritages.

L'existence des charges réelles ne se présume pas : dans le doute on tendra toujours à croire que les fonds ne sont pas grevés de servitudes ou de redevances. Cette présomption de liberté des héritages est nécessaire au crédit réel ; sans elle la méfiance de l'acheteur ou du prêteur rendrait bientôt impossibles les opérations relatives à la circulation des biens.

(1) Aubry et Rau (5^e édition), tome 1, p. 617.

(2) V. en outre dans la *Revue critique de droit et de jurisprudence*, un article de M. Charmont, 1892, p. 79.

Il faut s'inspirer des mêmes principes quand une personne civile, ayant le caractère de puissance publique, prétend se prévaloir vis-à-vis des particuliers du caractère imprescriptible des immeubles du domaine public. S'il est nécessaire de protéger au nom de l'intérêt général les biens du domaine public, il n'est pas moins utile de limiter le nombre des biens qui seront placés hors du commerce, comme inaliénables ou imprescriptibles.

La question s'est posée plusieurs fois au sujet de certains terrains laissés en friche par les Compagnies de Chemins de fer, le long des voies ferrées. Les riverains prétendent que ces terrains n'ont pas été affectés par la Compagnie à son exploitation, et ne participent pas du caractère de domanialité publique attaché par la loi à la voie même du chemin de fer. Dans ces conditions, les riverains pourraient, en justifiant de leur droit, acquérir sur ces terrains un droit de servitude : un passage ou un tour d'échelle par exemple.

Un arrêt récent (1) de la Cour de Paris, (3^e Chambre), en date du 26 décembre 1895, leur a pleinement donné satisfaction. La question était délicate et mérita d'être étudiée, car de part et d'autre les inté-

(1) Paris, 26 décembre 1895 (Chemin de fer de l'Est), P. F. 96, 2, 281.

rêts étaient considérables, et dignes de l'attention des tribunaux.

Les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour reconnaître que les terrains laissés en dehors de l'exploitation par une Compagnie de Chemin de fer ne font pas partie du domaine public. Mais ce qui est difficile à apprécier, c'est le fait même de l'affectation à l'exploitation qui peut se présenter de diverses manières. Suivant M. Picard (1), « les installations dont l'administration ne reconnaît pas l'utilité incontestable pour le chemin de fer doivent demeurer en dehors du bornage. » M. Aucoc essaie de donner une règle plus générale : « Le caractère, dit-il, qui permet de reconnaître les immeubles du domaine public et qui permet de combler les lacunes de la législation, c'est l'affectation à l'usage du public. »

Quelles que soient les distinctions et les règles proposées, la question demeure obscure. Aussi, dans le doute la jurisprudence s'inspire de cette règle d'ordre supérieur qu'il faut limiter autant que possible les biens mis hors du commerce. « Attendu, dit la Cour de Paris, que la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui d'accord pour limiter le domaine public aux choses réellement affectées à l'usage du public,

(1) Picard, *Traité des Chemins de Fer*, cité dans les conclusions de M. l'Avocat Général.

et qu'il y a un intérêt d'ordre supérieur à ne pas augmenter sans nécessité l'étendue de ce domaine. » Cette jurisprudence est d'ailleurs conforme à celle du Conseil d'Etat. M. l'Avocat Général (1) Laffon le constatait dans ses conclusions, favorables aux prétentions des adversaires de la Compagnie de Chemin de fer. « Le Conseil d'Etat, disait M. l'Avocat Général, a voulu autre chose pour l'identification si grave du domaine public, qu'une présomption souvent démentie, un projet qu'on peut abandonner, une conception qui ne s'affirmera qu'en cours d'entreprise. Il a voulu un caractère sûr, apparent, matériel ; l'affectation réalisée à l'usage du public que rien ne peut valoir ni suppléer. » Cette présomption est tellement conforme aux vrais intérêts du crédit réel, qu'elle était déjà consacrée par notre ancienne jurisprudence ; dans le doute le juge se décidait pour la liberté des héritages : la Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris avait rendu en ce sens un arrêt en date du 19 juillet 1758, sur les conclusions conformes de l'Avocat Général de Brévannes. Nous devons même accorder au riverain du domaine public le droit de prescrire une parcelle abandonnée ; mais ici il faudra se montrer prudent dans les conjectures, chaque fois que l'acte d'abandon n'aura pas été officiellement porté à la connaissance

(1) Cf. *Pandectes Françaises*, 96, 2, 281.

des riverains. « Lorsqu'il s'agit (1), dit Troplong, de suppléer à un acte d'abandon des chemins, qui rarement doit se supposer, il faut être sobre de présomptions et se montrer difficile de conjectures. »

CHAPITRE V

Protection et limitation de la Liberté des Conventions.

S'il est un domaine qui paraît largement ouvert à l'exercice de la liberté de l'homme, c'est certainement celui des conventions. Mais nulle part cette liberté n'est plus dangereuse : il ne faut pas permettre au simple particulier de renverser ce que vient de créer la loi ; de quoi pourraient servir les textes les mieux établis, si on laissait à la volonté, au caprice, ou à la fraude des parties la facilité de se soustraire aux règles prohibitives ou protectrices des lois ?

Souvent même les tribunaux sont embarrassés, car en principe rien n'est plus respectable que la volonté de l'homme, sainement et honnêtement exprimée. Par exemple l'on peut se demander s'il faut valider la clause d'un contrat de mariage, portant que le mari et la femme feront emploi d'une somme donnée

(1) Troplong, *Prescription*, tome 1, p. 281.

par des ascendants, pour acheter un immeuble, et que pendant la communauté ils ne pourront la vendre sans en racheter un autre à titre de remploi.

La Cour de Cassation a validé cette clause en rejetant le pourvoi du mari lui-même qui prétendait n'être pas lié par cette clause contraire à l'ordre public en général, et spécialement à ses droits de mari et de chef de la communauté. L'arrêt de la Chambre des Requêtes (1) du 30 novembre 1886, doit être considéré comme un des arrêts de principe rendus au sujet de ces questions délicates que soulève la liberté des Conventions.

Que soutenait en effet le mari ? Il disait que cette clause était nulle, parce que d'une part elle l'obligerait à rester dans l'indivision pendant la durée du mariage ; que par cette nécessité ses droits de chef de la Communauté se trouvaient presque anéantis et qu'enfin sa part indivise se trouvait frappée d'une sorte de dotalité.

Ce triple moyen n'a pas triomphé devant la Chambre des Requêtes. Sans doute l'article 815 du Code civil est d'ordre public parce qu'il permet de sortir d'une indivision que le hasard seul a souvent créée. Mais, comme le remarquent MM. Demante et Colmet de Santerre, « les inconvénients d'une indivision forcée

(1) Req. Rej. 30 novembre 1886 (Cassaigne de Mary) P. F, 87, 1, 117.

sont bien moins à craindre quand on s'y est librement soumis que si elle est imposée par une volonté étrangère (1). » Cette argumentation du mari tombe d'ailleurs devant cette réponse de la Cour : « Attendu que l'article 815 est inapplicable non seulement à l'indivision qui résulte d'un contrat de société ordinaire, mais encore à celle qui a été convenue entre les parties dans le contrat réglant l'association conjugale ». Les parties ne peuvent se soustraire à la loi d'un contrat licite. Le mari ne pouvait pas d'ailleurs soutenir que ses droits de chef de Communauté étaient compromis : M. le Conseiller rapporteur répond très justement à cette objection, « que le mari conserve sur ce bien tous ses pouvoirs, comme si c'était un conquêt, quant à l'administration et quant à la jouissance (2). » Reste le dernier argument : la part du mari est-elle par ce moyen frappée d'une sorte de dotalité : on ne saurait le soutenir sérieusement : l'immeuble dont il était question au procès était aliénable et prescriptible ; et ce n'était pas la condition du remploi commun qui pouvait à elle seule la mettre à l'abri des droits des créanciers. M. Laurent résume d'une façon fort heureuse cette intention de deux époux qui veulent créer une indivision entre

(1) Colmet de Santerre ; tome 3 ; p. 232 ; n° 139 bis II.

(2) Rapport de M. le Conseiller Ballot-Beaupré. P. F : 87, 1, 117.

leurs biens propres. « Les époux, dit-il, veulent s'unir par l'intérêt, comme ils l'étaient par l'affection, ce qui est d'ordre public aussi (1). »

Cet exemple n'est qu'une occasion, pour montrer combien il est difficile d'annuler une convention. L'homme trouve souvent trop étroits les liens des lois qu'il a lui-même établies : il voudrait les rompre, et échapper aux règles de la loi. Il faut réprimer la fraude ; mais il ne faut pas que, tombant dans un excès contraire, on arrête l'essor de l'initiative individuelle dans les formules d'un formalisme rigoureux. C'est l'une des plus lourdes tâches, mais c'est en même temps l'honneur de la jurisprudence, de conserver la tradition de la loi, sans entraver l'effort créateur qui la complète, et souvent la renouvelle, après l'avoir enrichie de toutes les ressources des multiples combinaisons que peut inspirer à l'homme son esprit ingénieux et fécond en ressources.

Conclusion du Titre Premier.

Nous avons essayé de montrer dans ces chapitres la nécessité d'une notion d'ordre public, dans ses rapports avec la puissance paternelle, la puissance mari-

(1) Laurent, *Droit civil*, t. X, n° 233.

tale, l'organisation de la tutelle, la propriété, et les conventions. Les trois premiers chapitres s'inspirent d'une idée commune ; chacun d'eux n'est qu'un élément d'une étude sur le droit des Personnes ; le second chapitre concerne les Biens en général ; le troisième plus étendu encore dans son objet, se rapporte aux Conventions. Nous avons ainsi montré la nécessité d'une notion d'ordre public dans son application aux trois livres du Code civil.

Nous avons laissé de côté les Successions ; c'est qu'en effet, si le *de cuius* abandonne à la loi le soin de régler la dévolution héréditaire de son patrimoine, aucun conflit ne peut s'élever au sujet de l'ordre public ; la loi, expression de la volonté du législateur est en même temps l'expression positive de l'ordre public. Restent les donations et les testaments ; mais la donation n'est qu'un contrat, et il n'y avait pas d'autre principe à mettre en lumière que ceux qui gouvernent le droit commun des contrats. Quant au testament, expression unilatérale de la volonté, il ne peut pas plus que le concours de deux volontés enfreindre les dispositions prohibitives ou restrictives de la loi. Il ne convenait donc pas de faire une étude spéciale de ces deux actes ; on risquait de tomber dans des longueurs en montrant de nouveau la lutte de la volonté individuelle contre la volonté commune qui trouve son expression dans la loi.

C'est en effet ce conflit que l'on retrouve au fond de toute controverse sur l'ordre public. Suivant les époques on donne à ces deux mots un sens plus étendu ou plus étroit, suivant que l'ordre social se trouve gouverné par un principe d'autorité ou par un principe de libre discussion. Il existe entre l'ordre social et la notion d'ordre public des rapports étroits et des liens intimes. Mais pour connaître ces rapports il faut analyser dans ses éléments la notion même que nous étudions. S'il est vrai, comme le dit Montesquieu, « que bien des vérités ne se font sentir qu'après qu'on a vu la chaîne qui les lie à d'autres, » (1) il faut maintenant, avant de suivre dans ses effets l'application de la notion d'ordre public, séparer les éléments de cette notion, les isoler pour en faire l'objet d'un examen particulier, fixer leur caractère, et déterminer leur influence par l'action même qu'ils exercent. Cette étude trouvera sa place dans les deux titres qui suivent.

(1) Préface de l'*Esprit des lois*.

TITRE SECOND

DES ÉLÉMENTS DÉFINIS OU INVARIABLES DANS LA NOTION D'ORDRE PUBLIC.

La notion d'ordre public n'est pas une notion simple : il y a en elle des éléments de nature diverse, dont les uns semblent invariables, quelles que soient les évolutions qui transforment autour de nous les sociétés, et dont les autres paraissent subir de lentes variations, comme s'ils ressentaient l'influence des transformations économiques et sociales. C'est ainsi que sur certains points, l'application de la notion d'ordre public demeure identique, toujours semblable à elle-même ; tandis que sur d'autres elle subit de graves et profondes modifications, dont les lois nouvelles ne sont parfois que l'expression positive.

Nous essaierons de séparer ces deux sortes d'éléments pour en faire deux groupes. Prenons d'abord les éléments du premier groupe, ceux qui de leur nature paraissent invariables et définis, ceux à qui une analyse même imparfaite permet de donner immédiatement un nom, un caractère, une origine.

Ils ont un nom : la loi dans les dispositions qu'elle

leur consacrer les présente tantôt comme un ordre et tantôt comme une défense ; ces éléments sont donc, si l'on veut bien adopter ce langage, les uns positifs, et les autres négatifs. — Les éléments positifs correspondent aux ordres de la loi, car elle veut que telle chose arrive, que tel événement s'accomplisse. — Les éléments négatifs se rattachent aux défenses de la loi : elle ne veut pas que telle chose arrive, que tel événement s'accomplisse. Nous disons donc que les éléments définis et invariables de la notion d'ordre public ont un nom ; nous disons en second lieu qu'ils ont un caractère.

Que sont en effet les éléments positifs ? Ce sont ou des principes, ou des décisions impératives. La loi pose un principe, par exemple celui de l'article 1382 du Code civil ; ou bien elle donne une décision impérative, comme dans l'article 446 du Code de commerce. — Mais d'autre part que sont les éléments négatifs : ce sont d'une manière générale toutes les prohibitions légales, sous les formes suivantes : déni d'une action pour poursuivre un droit en justice ; refus opposés par le Code à un droit prétendu ; enfin restrictions apportées à l'exercice d'une faculté légale. Dans ces trois cas la loi ne veut pas qu'il soit passé outre à sa volonté formelle ; voilà pourquoi nous appelons ces éléments négatifs.

Enfin, en troisième lieu, les éléments de la notion

d'ordre public, distincts par leurs noms, distincts par leurs caractères, le sont encore par leur origine. Les uns, les éléments négatifs, naissent d'une volonté forte, arrêtée chez le législateur, d'opposer une barrière à des prétentions qu'il juge indignes de la protection de la loi. Il y a dans ces défenses de la loi, quelque chose de dur, parfois d'arbitraire. Au contraire quand le législateur pose un principe il ne prévoit pas les cas multiples qui naîtront de l'application de sa règle. Il laisse à la prudence du juge le soin de tirer les conséquences du principe, suivant les espèces et les besoins de la pratique. Souvent dans ces circonstances la pratique ajoute tant à la loi qu'elle forme comme une législation coutumière. Ce sont ces éléments qui sont les germes féconds de tout développement de jurisprudence.

Le présent titre contient l'étude des éléments invariables et définis de la notion d'ordre public. Les éléments positifs seront examinés sous leur double forme de principe et de décision impérative ; les éléments négatifs dans les trois cas où la loi refuse une action, dénie un droit ou apporte une restriction à une faculté légale. Des exemples montreront, nous le pensons, l'application exacte de ces règles aux faits.

CHAPITRE PREMIER

Eléments positifs de la notion de l'ordre public.

A. — La loi pose un principe.

L'article 686 du Code civil est ainsi conçu : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble ; pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne ; mais seulement à un fonds et pour un fonds et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. »

Cet article a la valeur d'un principe : les termes précis de sa disposition « in fine », indiquent nettement qu'il est une conséquence directe de l'existence d'une notion d'ordre public.

Mais si précis que soient en apparence les termes de cet article son application n'a pas laissé d'embarasser quelques interprètes. La logique abstraite du législateur est souvent trompée par les difficultés de la pratique. Sans doute nul ne viendrait dire aujourd'hui qu'une servitude peut être imposée à la personne ou

en faveur de la personne : mais que décider dans certains cas particuliers, par exemple dans le cas où l'on a stipulé au profit du propriétaire d'un fonds ou de ses héritiers, pendant un certain temps, un droit de chasse ou de pêche sur un fonds ou dans un étang voisin ? La question vivement débattue en doctrine a divisé même les trois chambres de la Cour de Cassation.

Suivant une première opinion qui s'autorise de l'autorité de Cujas, et parmi les modernes de celle de Duranton, de Marcadé et de Duvergier, la stipulation de ce droit de chasse ou de pêche ne saurait créer que des droits personnels. Ainsi jugé par arrêt de la Cour de Cassation du 13 décembre 1869 (1).

Une seconde opinion enseigne que cette stipulation peut valablement constituer un rapport de servitude réelle entre deux fonds. C'est la doctrine d'un autre arrêt de la Cour de Cassation (2) en date du 4 janvier 1860, et qui se fondant sur un titre de 1506 délivré aux habitants du village de Soulaines, près de Bar-sur-Aube, par le seigneur voisin, avait établi sur la forêt un droit de chasse au profit des habitants et de leurs descendants.

Cette seconde opinion vient d'être à son tour con-

(1) Cassation, 13 décembre 1869 (Commune de Miribel), Dalloz, 71, 1, 49.

(2) Cassation Req., 4 janvier 1860 (Thiéry), Sirey, 60, 1, 743.

damnée par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, du 9 janvier 1891 (1), qui décide qu'on doit considérer comme nul un contrat du 19 janvier 1869 accordant un droit de chasse au profit des propriétaires successifs du domaine de St-Remy-des-Landes, près de Coutances, sur toutes les parcelles de terres relevant de l'ancien fief de ce nom.

En présence de ces divergences d'opinion nous croyons plus conforme au texte de la loi et aux principes d'ordre public consacrés dans l'article 686 du Code civil, d'adopter une autre doctrine qui s'autorise de l'autorité de la tradition. S'il est vrai qu'on doit interpréter les conventions et les actes juridiques, dans un sens assez favorable pour leur permettre de produire effet plutôt que de les annuler purement et simplement, pourquoi écarterions-nous ici cette interprétation si libérale et si juste de la volonté des contractants ?

L'ordre public ne doit pas être un obstacle à la large interprétation des conventions ; en conséquence nous croyons donc que dans l'espèce la doctrine adoptée par M. Demolombe est vraie et que l'on doit considérer les conventions qui nous occupent, non pas comme créatrices d'une servitude, mais comme sources d'un droit d'usage irrégulier au profit du bénéficiaire et de ses

(1) Cassation Crim., 9 janvier 1891 (Grossin). P. F. : 92, 1, 223.

ayants-cause (1). C'était déjà la doctrine de Paul, qui écrivait : « *Ut pomum decerpere liceat, vel ut spatium aut comare in alieno possemus servitus imponi non potest.* » C'est encore l'opinion qu'enseignait Proudhon sur l'article 636 du Code civil. « Lorsqu'on veut établir sur un fonds, écrivait-il, un droit en faveur de quelqu'un, la constitution de ce droit ne peut être nulle, ni aux yeux du Code ni aux yeux de la loi romaine, par cela seul qu'on n'a voulu l'établir qu'au profit de la personne et non pour l'utilité d'un héritage (2). » Cette opinion a d'ailleurs été consacrée aussi par la jurisprudence et l'on peut citer un arrêt de la Cour de Caen du 10 décembre 1851 (3). Nous concluons donc avec cet arrêt et en invoquant l'autorité de Proudhon et de Demolombe que la convention litigieuse sur laquelle nous discutons peut sans créer une véritable servitude, établir au profit du bénéficiaire et de ses ayants-cause un droit d'usage irrégulier. Cette solution nous paraît concilier heureusement l'autorité de la tradition avec les nouveaux principes dont l'article 686 est certainement inspiré.

Remarquons en passant que les législations récentes ont fait disparaître la difficulté qui nous occupe en ce

(1) Demolombe, *Servitudes*. T. 2 ; n° 686 ; p. 184.

(2) Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, t. 1, n° 369.

(3) Caen, 10 décembre 1851 (de St-Pierre). *Recueil de Caen*, XVI, p. 73.

moment, en donnant de la servitude une définition plus large. C'est ainsi que nous lisons dans l'article 1018 du nouveau Code civil Allemand : « Un immeuble peut être grevé au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un autre immeuble du droit de faire certains actes d'usage déterminés sur le fonds servant ». Cet article est un retour à la définition romaine qui réunissait sous le nom de servitudes les charges personnelles et les charges prédiales.

Telle est la controverse que soulève l'article 686 du Code civil. Cet article en apparence clair et précis présente donc dans son application autant de difficultés que les questions réputées les plus obscures du droit. Il est même rare que la Cour de Cassation ait successivement consacré trois systèmes différents pour l'interprétation souveraine d'un seul article de l'un de nos Codes.

D'autres discussions eussent peut-être paru plus intéressantes au début de cette étude ; cependant il n'est pas, croyons-nous, d'exemple plus utile pour la suite de notre développement ; car il démontre que les principes, fondement de tout système juridique, n'ont de force que par l'interprétation libérale qui sait en exprimer les conséquences les plus lointaines. L'exégèse, même savante, ne libère pas l'interprète des entraves qu'il s'impose. Pour ingénieuse qu'elle soit, elle ne démontre que plus sûrement l'inutilité de

l'effort. Si l'étude des règles, en apparence immuables de l'ordre public, ne se renouvelle pas aux sources vives de la tradition pour préciser, éclaircir, diriger même à son insu la volonté des parties, embarrassée parfois dans son expression ; si plus soucieuse du texte que de l'esprit de la loi, la jurisprudence annule la convention comme contraire à l'ordre public, son œuvre risque de demeurer infructueuse et de s'affaiblir en des variations qui donnent l'illusion du mouvement des idées sans susciter leur agitation féconde. Une telle œuvre serait stérile, car on ne fonde rien sur la négation pure ; et plus que jamais il serait vrai de dire : « La lettre tue et l'esprit vivifie ».

CHAPITRE II

Eléments positifs de la notion d'ordre public.

B. — La loi donne une décision impérative.

L'égalité est la loi des faillites ; c'est à cette décision impérative que peuvent se ramener les solutions de détail ou d'espèces données par le Code de commerce

dans les articles 443, 444, 445 et suivants, qui ont pour objet de régler la situation des créanciers avant et après le jugement déclaratif de faillite.

Des difficultés naissent souvent de ce conflit des droits de la masse et des droits individuels. Par exemple, quand l'admission d'une créance est contestée, et que le dividende correspondant est consigné en attendant la fin du litige, à qui faut-il attribuer les intérêts produits par la somme consignée ?

La question est controversée : les créanciers de la masse soutiennent d'une part que la somme consignée à la Caisse des Dépôts est inscrite à leur nom, et que d'autre part la faillite arrête le cours des intérêts, en vertu d'une décision impérative de la loi dans l'article 445. Quand le dividende consigné produit des intérêts, ces intérêts doivent revenir à la masse et faire l'objet d'une répartition complémentaire. M. Thaller (1), qui soutient cette doctrine, ajoute : « Jusqu'au retrait des sommes consignées, c'est la masse que la Caisse des Dépôts a créditée des intérêts ; le retrait n'est que partiel, et les portions restantes continuent par la force du raisonnement à porter intérêt au profit de la même masse ».

Cette doctrine cependant n'a pas triomphé dans la jurisprudence, et même certains auteurs la combat-

(1) Note de M. Thaller, Dalloz, 1889, 2, 217.

tent également : il faut citer, parmi ces auteurs, MM. Bravard et Demangeat, Laroque-Sayssinel et Dutruc, et Bouvier-Bangillon. M. Bouvier-Bangillon, donne une raison très forte contre la doctrine précédemment exposée : « Il serait contraire à l'équité, écrit-il, de faire profiter la faillite des fautes et des erreurs du syndic. Ce serait encourager les procès mal fondés que d'en faire un élément d'actif pour les faillites (1). »

Nous croyons que l'on peut ajouter à cet argument décisif, deux autres raisons qui ont aussi leur valeur. D'une part nous croyons que, du jour où le droit d'un créancier contesté est reconnu, son droit s'ouvre rétroactivement au jour où la contestation a pris naissance. Les jugements sont déclaratifs de droit : ils ne créent pas une situation nouvelle. D'autre part, les termes de l'article 445, Code de commerce, sont suffisamment clairs pour qu'on n'applique pas à des intérêts dus à un créancier contesté, la règle que pose la loi pour les intérêts dus par le failli. C'est en ce sens que se prononcent MM. Laroque-Sayssinel et Dutruc, qui disent : « Il n'y a pas lieu d'appliquer en pareil cas, l'article 445 du Code de commerce, qui n'attribue au jugement déclaratif de faillite, l'effet

(1) Note de M. Bouvier-Bangillon, P. F : 96, 2, 193,

d'arrêter le cours des intérêts que lorsqu'il s'agit d'intérêts dus par le failli (1). »

Cette interprétation est d'accord avec la jurisprudence qui s'est prononcée dans un arrêt de la Cour de Paris, (6^e chambre), en date du 28 février 1895 (2), « Attendu, dit la Cour, qu'en réclamant la perception des intérêts, l'appelant ne fait que solliciter une application du principe consacré par l'article 565 du Code de commerce, et qu'il échut donc d'y faire droit (3). » La Cour ramène à ce principe sa décision, sans méconnaître d'ailleurs la force des autres arguments invoqués contre les syndics. Nous croyons qu'en suivant la doctrine contraire on se mettrait en contradiction avec les décisions impératives que donne la loi des faillites, au nom de l'égalité entre les créanciers. Il ne faut pas sacrifier la masse aux intérêts particuliers ; mais il ne faut pas non plus que le principe se retourne contre chaque créancier pour que la masse s'enrichisse à ses dépens. Le Code de commerce a consacré cette idée par plusieurs décisions impératives ; entre autres par celles qui permettent au vendeur de se prévaloir d'un droit de rétention ou de

(1) Laroque-Sayssinel et Dutruc : Formulaire général des faillites, tome 2, numéro 1507.

(2) Sur pourvoi arrêt de rejet ; Cassation civ., 26 octobre 1897, P. F., 98, 1, 241 ; note de M. Bovier-Bangillon.

(3) Paris, 28 février 1895. (Vallet et Cie). P. F. : 96, 2, 193.

revendiquer la marchandise vendue tant qu'elle n'est pas entrée dans les magasins du failli. Articles 576 et 577 du Code de commerce.

CHAPITRE III

Eléments négatifs de la notion d'ordre public.

A. — La loi dénie une action.

Les deux premiers chapitres de ce titre ont été consacrés aux éléments positifs de la notion d'ordre public ; ce sont les cas où la loi pose un principe, ou donne une décision impérative. Les trois chapitres qui suivent auront pour objet l'étude des éléments négatifs de la notion que nous analysons. Après avoir énuméré les circonstances où la loi veut qu'un fait s'accomplisse, nous verrons celles où elle ne veut pas que d'autres faits s'accomplissent. Elle arrive à cette fin, soit en déniaut une action, soit en refusant un droit, soit enfin en restreignant l'exercice d'une faculté légale.

Quand une prescription est accomplie, libératoire ou acquisitive, le créancier ou le propriétaire n'ont

plus d'action. La loi ne veut pas qu'on remette en question des faits qui sont couverts par un silence prolongé ou une inaction continue. Mais souvent des difficultés s'élèvent sur le point de départ de la prescription ; principalement en matière hypothécaire, où le créancier à qui le tiers détenteur oppose la prescription de l'hypothèque, lui répond en soutenant qu'elle n'a pu courir avant l'arrivée de la condition ou du terme qui modifiaient la nature ou l'exigibilité de la créance hypothécaire.

La question divisait nos anciens auteurs : Un arrêt du Grand Conseil, du 30 mars 1673, permettait au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué de prescrire l'hypothèque, même *pendante conditione*. Cette solution était celle de Pothier (1) qui écrivait : « La prescription ne laisse pas de courir contre le créancier, quoique la condition de la dette, par lequel l'héritage est hypothéqué, ne fût pas encore échue. » Pothier ajoute que le créancier hypothécaire ne peut pas se plaindre et invoquer la maxime : *Contra non valentem agere non currit prescriptio*. Ce créancier pouvait se mettre en garde par le moyen de l'action en déclaration d'hypothèque, « qui est celle que le créancier intente contre le détenteur d'un héritage

(1) Pothier, *Des Hypothèques*, Chap. 3, section 6, § 191.

hypothéqué à sa créance, pour faire déclarer par le jugement qu'il est hypothéqué » (1).

Cette opinion est encore celle de la plupart des auteurs modernes. Troplong, qui suit ici la doctrine de Pothier et de Lebrun, se décide pour les mêmes raisons. « C'est la faute du créancier, dit-il, si faute d'avoir interrompu la prescription, par l'action d'interruption, ingénieuse invention de notre droit, il a laissé perdre son hypothèque » (2).

Malgré l'autorité de ces auteurs, cette doctrine est en général repoussée par la jurisprudence. On trouve bien en ce sens un arrêt de la Cour de Pau, du 22 novembre 1856 ; mais la jurisprudence récente est en sens contraire (3).

Avant de discuter les arguments qu'elle invoque, nous croyons qu'on peut adresser à la doctrine précédente le reproche de n'être pas conforme aux exigences de la pratique. Le créancier hypothécaire, disons-nous, sera le plus souvent trompé par son débiteur, qui vendra à son insu l'immeuble qu'il lui avait hypothéqué. On dit, il est vrai, que par les registres du conservateur des Hypothèques, le créancier hypothécaire connaîtra le nom de l'acheteur. En

(1) Pothier, *Introd. aux Coutumes d'Orléans*, Titre 20, n° 53.

(2) Troplong, *Hypothèques*, nos 886 et suiv.

(3) V. *Revue Critique de Droit et de Jurisprudence*, 1897, p. 575, article de M. le Conseiller Pascaud.

droit, cette objection est juste, mais d'une part ces formalités sont coûteuses, surtout si le créancier veut les remplir souvent, et d'autre part une personne même diligente ne doit pas être obligée, pour conserver un droit, de surveiller sans cesse la personne de son débiteur. Mais, on ne s'en tient pas là, et on impose au créancier diligent l'obligation d'intenter contre l'acheteur une action en déclaration d'hypothèque ; c'est-à-dire qu'on oblige le créancier à faire de nouveaux frais, et même à intenter une action en justice. Si les ventes se multiplient, le créancier trouvera dans son hypothèque, non pas une garantie, mais une source de difficultés et de frais ; surtout si la créance hypothécaire appartient à un mineur ou à une femme mariée. Sans doute l'hypothèque n'opère pas comme la transcription de la saisie-immobilière ; mais s'il est juste de permettre au débiteur hypothécaire de faire tous les actes qui améliorent sa situation, ou la transforment sans l'aggraver, il ne serait pas juste qu'il pût nuire à son créancier en lui imposant par le fait de ventes successives des recherches et des formalités dont certaines sont difficiles, et qui certainement sont coûteuses.

La jurisprudence (1) s'est prononcée en ce sens :
« Attendu, dit la Cour de Paris (3^e chambre), dans un

(1) Paris, 25 avril 1891, (Noël) P. F. : 92, 1, 47.

arrêt du 25 avril 1891, que le créancier hypothécaire a droit à la protection de la loi, alors qu'on ne saurait lui imputer aucune faute; — attendu que le fait générateur de la prescription, comme aussi sa raison d'être juridique ne sauraient résulter que de la faute du créancier;..... attendu que rien ne saurait justifier au profit du tiers-détenteur une exception au principe posé d'une manière générale et absolue par l'article 2257 (1). »

Ainsi, l'un des moyens les plus sûrs dont dispose la loi pour faire respecter l'ordre public, c'est de refuser une action. Mais ce refus ne peut être fondé que sur un texte clair et précis; et quelle que soit la faveur attachée au crédit immobilier on ne saurait sur ce point suppléer au silence de la loi.

CHAPITRE IV

Eléments négatifs de la notion d'ordre public.

B. — La loi refuse un droit.

Ce n'est pas seulement en refusant une action pour faire valoir un droit que la loi protège l'application

(1) Cf: Agen, 12 juillet 1897, (Desalrut de Brel), P. F : 98, 2, 161.

de la notion d'ordre public : parfois même elle refuse un droit, comme le fait le nouvel article 1780 du Code civil modifié par la loi du 27 décembre 1890.

Il n'est donc pas permis de renoncer d'avance aux dommages et intérêts que peut réclamer une des parties, à la suite d'une résiliation subite et dolosive du contrat qui les lie. Aussi, a-t-on vu naître dans certains pays des usages dont le développement paraît contraire à l'esprit de cette loi, et qui tendent à faire admettre comme clauses de style non pas à proprement parler une renonciation anticipée aux dommages et intérêts, mais une renonciation à tout délai de prévenance, en cas de rupture du contrat.

La question a été soumise à la Cour de Cassation qui, par arrêt de la Chambre civile, en date du 6 novembre 1895, a décidé qu'un tel usage ne pouvait être considéré comme contraire à l'ordre public. « Attendu, dit la Cour, que l'article 1780 du Code civil, ne défend aux partis ni de fixer le délai qui devrait exister entre la déclaration de congé et la cessation effective du travail, ni de supprimer tout délai de ce genre. » (1) L'arrêt ajoute que les défenses sont de droit étroit et qu'on ne peut en créer par analogie. La loi n'ayant pas défendu aux parties de renoncer

(1) Civ. Rej. 6 novembre 1895 (Dembroëder). P. F : 96, 1, 198.

d'avance à tout délai de prévenance, cet usage est licite.

Il n'est pas douteux qu'en droit pur cet argument ne soit décisif. Cependant, il faut le remarquer, les auteurs sont d'accord pour dire que le délai-congé et autres délais se régleront suivant les usages locaux, mais aucun ne dit qu'on pourra renoncer d'avance à tout délai congé. Pothier (1) écrivait : « On doit suivre pour la fixation des délais les différents usages des différents lieux ». M. Guillouard (2) dit en termes exprès, dans le même sens : « La partie qui veut rompre le contrat doit prévenir l'autre dans le délai indiqué par l'usage. »

Nous croyons en second lieu que l'arrêt de la Cour de Cassation n'est pas conforme à l'esprit de la loi (3), dont l'idée maîtresse est de ne plus laisser à l'avenir l'ouvrier à la discrétion du patron, s'il se produit une rupture arbitraire du contrat. Cette idée a été développée et mise en lumière par M. l'avocat général Fermaud, dans un discours de rentrée, prononcée devant la Cour de Nîmes, le 16 octobre 1895. « En défendant aux parties, disait-il, de renoncer à l'a-

(1) *Traité du Louage*, n° 176.

(2) Guillouard, *Traité du Louage*. Tome 2, n° 718.

(3) V: sur ce point : Paris (1^{er} Ch.) 27 juillet 1897 (Vonoven) P. F : 98, 2, 5 et Paris (5^e Ch.) 29 juin 1897 (Delanoue) P. F : 98, 2, 25.

vance aux dommages et intérêts, le législateur affirme l'idée inspiratrice de toute la loi, qui doit être une loi d'ordre public et social, destinée à protéger l'ouvrier contre la puissance du capital associé, et que des clauses pénales, bientôt devenues des clauses de style, eussent tenue en échec. » (1)

Enfin, il est certain que la loi de 1890 a voulu consacrer la jurisprudence libérale de la Cour de Cassation, qui jusqu'à ce jour confirmait par des arrêts de rejet les décisions judiciaires accordant une indemnité « pour faute même légère, ou inobservation d'un usage constant, ou au moins de certaines habitudes professionnelles ». Ce sont les propres paroles de M. l'avocat général Rau, devant la Chambre civile, à l'audience du 20 mars 1895 (2). Au Sénat, M. Cuvilot, rapporteur de la Commission, disait en termes non moins précis : « Ce que votre Commission vous propose, c'est de consacrer par un texte de loi les décisions de la jurisprudence » (3).

Aussi est-il permis de croire que la jurisprudence consacrée par les arrêts de la Chambre civile du 20 mars 1895 et du 6 novembre 1895, n'est qu'un retour passager à une interprétation rigoureuse et

(1) Discours de rentrée du 16 octobre 1895. Journal « *la Loi* », 13 novembre 1895.

(2) Conclusions de M. l'avocat général Rau. P. F. 95, 1, 489.

(3) *Journal Officiel* de 1885. Docum. parl. Sénat, p. 261.

étroite des textes, abandonnée par la Cour de Cassation, pendant les années qui ont précédé le vote de la loi de 1890. Autrement les auteurs de cette loi seraient trompés dans leur attente : et nous croyons bien qu'ils seraient eux-mêmes surpris si, après avoir cherché à éviter les ruptures arbitraires du contrat de louage, la jurisprudence admettait maintenant que les parties peuvent arriver au même résultat par une clause, qui est plutôt imposée que proposée par l'une des parties.

CHAPITRE V

Eléments négatifs de la notion d'ordre public.

C. — La loi restreint un droit.

Dénier une action, refuser un droit sont des mesures graves que la loi ne peut multiplier, dans la crainte de compromettre des intérêts souvent respectables. Au contraire, restreindre un droit est une mesure moins rigoureuse : elle n'enlève pas à une personne l'exercice d'une faculté légale : elle limite seulement le champ de son exercice ; ajoutons que cette mesure est souvent utile, même pour ceux qui ne l'acceptent

qu'avec regrets. L'activité sans bornes est une tentation dangereuse : au contraire, celui qui limite le champ de son action connaît mieux la valeur de son effort, et en le restreignant il lui fait produire des effets moins étendus mais plus utiles.

Le nom est une propriété ; comme tout droit de propriété, la propriété du nom est protégée par la loi ; celui qui se sert de son nom a droit de recourir aux dispositions de la loi contre ceux qui voudraient porter atteinte à son usage. Mais peut-on soutenir au nom de l'ordre public que ce droit d'user de son nom est absolu pour chaque personne, et que la loi ne peut restreindre ou surveiller son exercice ? C'est la question que nous allons examiner.

« Au point de vue civil, dit M. Pouillet, on peut dire du nom que c'est la propriété la plus absolue ; elle est imprescriptible, inaliénable, en dehors de toute spéculation. Au point de vue commercial, le nom devient une étiquette » (1). Aussi est-ce en matière de noms commerciaux que se sont posées, par suite de concurrence déloyale, les difficultés les plus fréquentes sur l'usage du nom.

A l'origine, la jurisprudence s'était fixée dans le sens le plus sévère et le plus rigoureux à l'égard de l'usage du nom commercial. Au cas d'abus par un concurrent déloyal, les tribunaux allaient jusqu'à in-

(1) Pouillet, *Marques de fabrique*, n° 375.

terdire l'usage du nom. C'est en ce sens que se prononçait encore la Cour de Paris (1) par un arrêt du 29 juillet 1876. « Considérant, disait la Cour, que si le nom patronymique est la propriété de celui qui le porte, il appartient à la justice de donner à sa décision toute sanction nécessaire et par ces motifs ordonner la suppression absolue du nom ». C'était prononcer purement et simplement l'expropriation du nom par le fait de la concurrence ; concurrence déloyale, si l'on veut ; mais que fallait-il entendre par concurrence déloyale ? Là commencèrent les divergences, d'autant plus que certaines maisons établies dans la confiance publique avaient coutume d'appeler illicites les procédés dont elles s'étaient servi elles-mêmes pour fonder leur réputation.

Aussi la doctrine considérait-elle qu'il était urgent d'arriver à une solution plus juridique, et conforme à l'article 544 du Code civil. La Chambre civile se prononça nettement en ce sens par arrêt du 30 janvier 1878 : « Attendu, dit la Cour, qu'en ordonnant la suppression absolue du nom, la Cour de Paris a méconnu le droit de propriété du demandeur et formellement violé l'article 544 du Code civil. » (2). Les Cours d'appel résistèrent quelque temps, et s'inclinèrent en 1887 devant la décision souveraine de la Cour de Cas-

(1) Paris, 29 juillet 1876 (Erard). Pand. Chronol. VI, 1, 13.

(2) Cass. Civ., 30 janvier 1878. (Erard), P. Chr. VI. 1. 13.

sation. Dans un des derniers arrêts rendus sur la matière, la Cour de Paris donne une véritable solution de principe. « Attendu, dit-elle, que le nom patronymique constitue pour celui qui le porte légitimement une propriété dont il lui est permis en principe de jouir et de disposer de la manière la plus absolue ; toutefois ce droit est soumis comme tout autre droit de propriété, à la restriction exprimée par l'article 544 du Code civil, et qu'il appartient au juge d'en réprimer l'abus qui pourrait en être fait. » (1).

On a soutenu, il est vrai, et on soutient encore que cette doctrine n'est pas fondée en droit. Le nom de commerce, dit-on, n'est pas une propriété comme une autre : il constitue une marque nominale ; il se confond avec le signe matériel qui le représente, pour devenir en quelque sorte la distinction emblématique d'une maison, d'un commerçant. Cet emblème est la propriété exclusive du commerçant, et ce droit est de son essence absolue. Admettre un nom similaire c'est enlever au premier la propriété acquise ; c'est l'exproprier sans indemnité : c'est violer un droit auquel le commerçant avait attaché autant de prix qu'à sa maison même.

Cette argumentation ne nous paraît pas justifiée en droit ; elle se fonde sur une idée qui n'est pas exacte si on veut en tirer des conséquences extrêmes. Sans

(1) Paris, 27 décembre 1893. (Pommery). P. F. : 94, 2, 290.

doute le nom commercial est en quelque sorte un emblème, une marque, mais on peut protéger cette marque sans interdire à un concurrent l'usage de son nom. La difficulté est d'éviter la confusion entre les noms devenus des marques ; elle n'est pas insoluble et chaque jour les tribunaux qui autorisent l'usage du nom prennent des mesures pour réprimer les abus. Enfin la doctrine que nous combattons aboutirait à créer un véritable monopole au profit du premier commerçant qui s'est servi de son nom comme marque distinctive de ses produits ou comme désignation de son exploitation. C'est en ce sens que se prononcent la plupart des auteurs. « Un individu ne peut se voir défendre l'usage de son nom, dit M^e Pouillet. Mais l'abus de ce droit peut constituer une véritable concurrence déloyale et le commerçant lésé, par l'emploi frauduleux et calculé d'un nom semblable au sien peut demander la réparation du préjudice qu'il éprouve. »

Du reste, en adoptant cette solution la jurisprudence n'a fait que reprendre une distinction que faisait déjà Pothier, au sujet du droit de propriété quand il disait : « On distingue dans le droit de propriété, de même que dans tout autre droit, le fond du droit et l'exercice du droit. » (2). Dans l'espèce on ne peut contes-

(1) Pouillet, *Marques de Fabriques*, 120, 390.

(2) Pothier, *Domaine de Propriété*, 1^{re} partie, ch. 1, p. 2.

ter à personne le fond du droit ; ce n'est qu'à son exercice que peuvent se rapporter les mesures de protection prises par les Tribunaux.

Conclusion du Titre Second.

Nous avons divisé dans le présent titre les lois qui intéressent l'ordre public en deux groupes : le premier comprenant les textes qui consacrent une application positive de la notion. C'est ce que nous avons appelé les éléments positifs. Dans un second groupe nous avons réuni les dispositions qui ont un caractère négatif, c'est-à-dire celles qui ne permettent pas qu'un fait s'accomplisse, qu'une chose arrive, etc. Ce sont les éléments négatifs de la notion d'ordre public.

Dans le premier groupe nous avons fait deux subdivisions ; ce sont les cas où :

- 1° La loi pose un principe ;
- 2° La loi donne une décision impérative.

Dans le second groupe, nous avons trois subdivisions, suivant les espèces où :

- 1° La loi dénie une action ;
- 2° La loi refuse un droit ;
- 3° La loi restreint un droit.

On peut se demander si cette classification est complète et si elle ne laisse pas en dehors un ensemble de dispositions légales, qui sont contenues dans la notion d'ordre public, et qu'une analyse plus profonde pourrait en faire sortir pour les classer à leur place dans le tableau que nous avons donné. C'est ainsi que l'on pourrait dire que nous avons laissé de côté les lois permissives.

Nous croyons qu'il faut suivre sur ce point la doctrine de MM. Aubry et Rau qui disent à ce sujet : « Tout ce que la loi ne défend pas ou n'ordonne pas reste abandonné au libre arbitre des particuliers. Ce que la loi n'a pas défendu est donc permis et chacun est maître de faire ou de ne pas faire ce qu'elle n'a pas commandé. Il résulte de là que les lois sont impératives et prohibitives, mais qu'il n'existe pas à proprement parler de lois permissives (1) ».

M. Demolombe donne une autre classification et prend pour base de la division les quatre principes suivants : « Des lois d'ordre public, dit-il, les unes se proposent le maintien des bonnes mœurs et de l'honnêteté publique ; les autres sont surtout dictées par des motifs d'humanité en faveur des individus ; quelquefois aussi la disposition a pour but d'assurer la paix et la bonne harmonie ; enfin c'est surtout dans

(1) Aubry et Rau : (5^e édition), Tome 1^{er}, § 34.

l'intérêt des tiers que les dérogations et renonciations ne sont pas permises (1) ».

Cette division qui permet de classer les dispositions d'ordre public suivant l'intention présumée du législateur, ne pouvait pas nous fournir les éléments d'une classification précise fondée sur la nature intime et les dispositions littérales des textes que nous étudions. Nous la retrouverons, quand nous essaierons d'indiquer quelles sont les sanctions par lesquelles le législateur assure l'application des lois d'ordre public. Pour le moment nous nous en tenons à la grande distinction que nous avons faite parmi les éléments définis et invariables de la notion d'ordre public ; d'une part les éléments positifs et d'autre part les éléments négatifs.

Mais ce tableau n'est pas complet encore. Sans doute il y a des éléments de la notion d'ordre public qui ont une existence immuable. Nous les retrouvons dans tous les pays, et dans un même pays, dans toutes les lois. Expressions des mêmes idées, inspirés des mêmes principes, les textes qui les consacrent forment ce qu'on pourrait appeler le droit commun des nations. Il semble que ces éléments sont en dehors du temps, qu'ils ne se modifient pas avec lui : si l'on s'en rapportait à ce premier examen, on dirait : la notion d'ordre public est invariable et éternelle.

(1) Demolombe, *Droit civil*, Chap. 1, n° 18.

Mais une étude approfondie, sans détruire cette idée, l'enrichit et la complète par des observations nouvelles. A côté des éléments invariables de la notion d'ordre public, il en est d'autres qui se modifient avec le temps, qui changent avec les mœurs ; en qui l'on retrouve, comme dans toute institution juridique une image du mouvement des idées et de la société contemporaine.

Ce sont ces éléments indéfinis ou variables de la notion d'ordre public que nous allons étudier. Pour faciliter la tâche, nous chercherons encore dans la jurisprudence les moyens d'éclairer et d'interpréter les opinions doctrinales. Mais, s'il est bon d'embrasser d'avance toute l'étendue du champ à parcourir, il ne faut pas se dissimuler les difficultés de la tâche, et il faut se souvenir de ses paroles si justes de Demolombe (1) : « Le législateur, dans l'impossibilité de définir ce qui constitue l'ordre public ouvre la plus vaste et aussi la plus difficile carrière à l'appréciation du magistrat et du jurisconsulte. »

(1) Demolombe, *Droit civil*, Chap. 1, n° 19.

TITRE TROISIÈME

DES ÉLÉMENTS INDÉFINIS OU VARIABLES DANS LA NOTION D'ORDRE PUBLIC.

Nous avons étudié dans le titre précédent les éléments définis ou invariables de la notion d'ordre public. Le présent titre sera consacré à l'étude des éléments variables ou indéfinis de cette même notion.

Nous essaierons de montrer dans ce titre que la notion d'ordre public, simple en apparence, est en réalité d'une nature double : s'il y a en elle des éléments qui ne changent, ni avec le temps, ni avec les mœurs, il y en a d'autres au contraire qui subissent les influences de l'état social contemporain. Telle était la conclusion qui se trouvait formulée à la fin du titre précédent : il faut maintenant développer l'idée qu'elle contient.

Avant de prendre des exemples précis qui montreront l'application de la règle aux faits, il faut se demander comment, et dans quelles conditions, on peut suivre les transformations et les variations des éléments que nous considérons comme variables ou indéfinis.

Ce n'est pas au sujet d'une loi que nous pouvons faire cette étude. La loi dans ses brèves formules donne une expression précise et nette de la volonté du législateur. Tant qu'elle n'est pas modifiée elle demeure immuable, intacte : l'usage contraire ne peut rien contre elle. Il faut une loi pour abroger une loi. Les lois en général, les codes surtout sont le résultat d'un lent travail ; ils sont la conclusion où tendait l'effort du législateur ; ils marquent, en quelque sorte les étapes de la route déjà parcourue ; on ne peut suivre, dans leur enchaînement, les progrès de l'œuvre législative, qu'en embrassant dans une large étude un long cycle d'années.

Mais à côté des lois, chaque jour, et sous nos yeux il est une partie du droit qui se transforme, qui change suivant les besoins et les conditions nouvelles de l'état social contemporain. La jurisprudence complète l'œuvre de la loi ; elle développe ses principes, elle crée des institutions nouvelles elle prépare l'avenir en montrant les imperfections et les lacunes de celles qui existent.

C'est dans ces changements de la jurisprudence que nous prendrons les exemples qui montreront, nous le croyons, comment se transforment les éléments variables ou indéfinis de la notion d'ordre public.

II

Ces exemples seront au nombre de deux. La jurisprudence, en effet, comme toute création de l'esprit humain, se développe suivant l'une ou l'autre de ces deux méthodes que le monde moderne a empruntées à la sagesse antique : la déduction et l'induction. Tantôt en effet elle tire d'un principe ou d'une règle la série des conséquences que commande l'application logique ; tantôt au contraire, complétant l'œuvre de la raison pure par celle de la raison créatrice, elle prend dans une institution, une application spéciale à un fait particulier ; puis, usant de l'argument d'analogie, elle tire des conclusions générales de ce fait particulier. Augmentant ainsi le domaine du droit par le développement d'une série d'institutions, réunies entre elle, par le lien d'une idée générale. La première méthode donne les conséquences particulières d'un principe général ; la seconde tire une conclusion générale d'un ou plusieurs faits particuliers.

Quelle est de ces deux méthodes la plus féconde en résultats pratiques ?

Il ne nous appartient pas de les juger. Ce que nous voulons seulement montrer dans les deux exemples que nous avons choisis, c'est que les éléments varia-

bles de la notion d'ordre public se prêtent également à l'application de chacune d'elles.

CHAPITRE PREMIER

De la méthode déductive dans la jurisprudence, et ses rapports avec la notion d'ordre public.

Sous le régime dotal, la dot de la femme est inaliénable : voilà un principe. Cette inaliénabilité a pour but de protéger la femme, de constituer un fonds de réserve à la famille. Dans ces conditions le mot dot doit être entendu dans un sens général, et l'inaliénabilité doit frapper la dot mobilière de la femme comme sa dot immobilière. Telle est la conséquence que par la méthode déductive la jurisprudence tire du principe.

On a soutenu cependant et on soutient encore que cette déduction n'est pas exacte, et que les prémisses sur lesquelles elle se fonde n'ont pas la valeur qu'on leur attribue : l'inaliénabilité s'appliquerait bien au fonds dotal, entendu au sens d'immeubles dotaux, mais non pas au sens de valeurs dotales en général et spécialement de valeurs mobilières dotales. La question vaut la peine d'être étudiée dans ses conséquences comme à son point de départ.

MM. Troplong, Marcadé et Guillouard repoussent la déduction que la jurisprudence prétend tirer de l'inaliénabilité de la dot. Aussi se montrent-ils également sévères pour une théorie où la jurisprudence a poussé jusqu'à la limite extrême l'application du principe, c'est-à-dire la théorie de la dotalité renfermée ou doctrine de la représentation des valeurs dotales par des paraphernaux.

L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, dit l'article 1553 ; le plus souvent, par l'intention du mari il devient paraphernal. Mais quoique paraphernal, cet immeuble contient une valeur dotale, provenant de deniers dotaux employés à l'acquisition de l'immeuble. Cette somme d'argent, entre les mains du mari, était de libre usage ; mais au regard de la femme, la créance en restitution de ces deniers appartenant à la femme contre le mari, était inaliénable et participait au caractère d'indisponibilité qui frappe les biens dotaux en général. Cette inaliénabilité de valeurs dotales ne s'est pas trouvée modifiée par leur incorporation à un bien paraphernal. Ou plutôt par un effet de la subrogation réelle, le bien acquis de deniers dotaux a pris le caractère d'indisponibilité des valeurs dotales, jusqu'à due concurrence de la valeur employée. Tel est le raisonnement de la jurisprudence.

On aperçoit facilement les conséquences logiques de cette déduction poussée jusqu'au bout. M. Mongin

la résume en ces termes : « L'immeuble, quoique paraphernal, est la représentation d'une valeur dotale qui ne peut être atteinte par aucun acte d'aliénation ; donc lorsque l'immeuble sera vendu, saisi, on devra faire ressortir du prix d'aliénation cette valeur dotale et l'attribuer à la femme. La valeur dotale qui se dissimule sous le caractère paraphernal de l'immeuble est protégée aussi complètement que la dot proprement dite (1) ».

C'est ainsi que raisonne la jurisprudence : cette doctrine, cependant, a rencontré des adversaires décidés ; et même parmi ceux qui l'approuvent, il en est qui fondent leur approbation non pas sur la valeur du raisonnement juridique, mais sur des raisons d'utilité pratique. Nous allons essayer de justifier la doctrine de la jurisprudence, sans chercher ailleurs que dans la déduction les raisons de notre sentiment :

La jurisprudence a-t-elle obéi à des nécessités purement pratiques, comme le croit M. Laurent ? Certes, nous ne méconnaissons pas les raisons qui ont pu la porter à protéger la dot mobilière, même incorporée à des valeurs paraphernales. Mais nous croyons que la Cour de Cassation a surtout puisé dans les grands principes du droit les motifs mêmes

(1) Note de M. Mongin ; P. F : 97, 1, 17.

de ses décisions, et nous ne dirons pas avec Marcadé :
« L'indisponibilité de la dot mobilière est un tempé-
rément que la logique du droit condamne » (1).

MM. Guillouard et Labbé ont critiqué au nom même
de cette logique la déduction de la jurisprudence (2) :
« Si l'immeuble est paraphernal, dit M. Guillouard,
il est soumis à la condition ordinaire des parapher-
naux : il est paraphernal, cela suffit pour qu'il soit
aliénable ». M. Labbé, tout en reconnaissant les
avantages de la doctrine nouvelle, ajoute : « Cette
théorie est une nouveauté, presque une monstruosité
juridique, qui a été inventée et construite par la juris-
prudence » (3).

Nous croyons cependant qu'au point de vue pure-
ment logique on peut justifier la doctrine de la juris-
prudence, en se fondant sur le principe bien connu de
la subrogation réelle.

Notre ancienne jurisprudence faisait des applica-
tions nombreuses de ce principe : par exemple au cas
de retrait lignager. « Quand l'acquêt venant du retrait
lignager, dit Pothier, passe à un héritier des propres,
il ne peut le prendre qu'en faisant ressortir les valeurs-
acquêts qu'il contient » (4). Et dans un autre traité :

(1) Marcadé, *Droit civil*, tome VI, article 1553.

(2) Guillouard, *Contrat de Mariage*, tome IV, n° 1742.

(3) Note de M. Labbé, Sirey, 1893, 1, 4.

(4) Pothier, *Traité des Retraits*, article 6, n° 451.

« L'héritage retiré est tellement affecté à la famille que si le retrayant meurt, laissant un héritier des acquêts et un héritier des propres, cet héritage doit appartenir à l'héritier des propres de ladite ligne, dont est venu et issu ledit héritage, et non à l'héritier des acquêts, en rendant toutefois dedans l'an et jour du décès, aux héritiers dudit acquêt, le prix dudit héritage, avec les loyaux coûts et mises » (1).

Notre espèce est-elle différente : certainement non : il suffit de changer les termes. Il y avait une valeur dotale mobilière ou immobilière ; elle passe dans un paraphernal ; elle reste dotale, en vertu de la règle *subrogatum capit locum rei*. Quoique dissimulée dans un immeuble paraphernal, la valeur dotale qui constitue partie de cet immeuble ne peut pas changer de nature par son incorporation nouvelle, d'autant plus que la dot ne peut être ni augmentée ni modifiée pendant le mariage ». Grâce à la subrogation réelle, dit M. Lambert (2), les biens acquis en échange, placement ou indemnité d'une partie de la dot, prendront la place de celle-ci dans la masse indisponible ». M. Troplong (3), tout en critiquant la jurisprudence nouvelle, avait pressenti l'importance qu'on allait tirer dans la déduction de la subrogation réelle quand il

(1) Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, art. 383.

(2) Note de M. Lambert, P. F. 96, 1, 321.

(3) Troplong, *Contrat de Mariage*, tome IV, n° 3193.

écrivait : « Admettre cette jurisprudence, c'est créer des causes d'emploi où il n'y en a pas ».

Il suffit de relire la série déjà longue des arrêts pour voir avec quelle sûreté la jurisprudence a employé la méthode déductive, dans la suite de ses raisonnements. Où trouver un exemple plus frappant de subrogation réelle que dans cet arrêt où la Cour de Cassation reconnaît même dans un paraphernal, une valeur dotale venant d'une indemnité due par un notaire qui avait fait des remplois frauduleux ? C'est un arrêt de la Chambre des Requêtes (1), du 5 janvier 1891. « Attendu que pour prononcer la nullité d'une saisie l'arrêt attaqué se fonde sur ce que l'indemnité due par le notaire, étant la représentation de la dot, devait rester à l'abri de la poursuite des créanciers. » Aussi, la Cour, tout en se fondant toujours sur l'idée de subrogation réelle, n'a pas accordé la même protection, chaque fois qu'elle a pu concevoir des doutes sur l'existence même de la subrogation ; et tempérant par la prudence de sa résistance la hardiesse même de sa déduction, elle admet que la subrogation n'est pas prouvée, chaque fois qu'il n'y a pas un titre spécial de propriété pouvant révéler aux tiers l'affectation des biens à la sûreté de la dot. Nous lisons à ce sujet dans un arrêt de la Chambre civile (1), en date du 26 No-

(1) Req. Rej. (Lionnet) ; 5 janvier 1891. P. F., 91, 1, 175.

(2) Civ. Cass., 26 novembre 1895 (Gallan). P. F., 96, 1, 321.

vembre 1894, les motifs suivants : « Attendu en droit, que si le prix de l'aliénation d'un immeuble est dotal, et à ce titre inaliénable, jusqu'à concurrence du montant de la dot mobilière qu'il représente, lorsque cet immeuble a été donné à la femme, en paiement de la dot elle-même, ou qu'il a été acquis de deniers dotaux, avec mention de leur origine, quoique sans condition d'emploi, il en est autrement, etc. »

On voit par ces exemples combien la jurisprudence, tout en suivant la forme logique d'un raisonnement emprunté à la méthode déductive, a su concilier les exigences de la pratique judiciaire avec l'application des principes du droit. C'est pour cette double raison que nous avons choisi cet exemple, qui montre, mieux que tout autre les ressources infinies que peut tirer de la déduction un raisonnement, fondé sur les principes les plus sûrs du droit, mais en même temps soucieux des intérêts pratiques. C'est ce que constatait M. Labbé, lorsqu'il écrivait : « Cette jurisprudence fournit le plus remarquable exemple de hardiesse judiciaire que la Cour de Cassation ait donné (1). »

(1) Note de M. Labbé, Sirey, 1893, 1, 4.

Certains auteurs (1) cependant sont restés fidèles à l'opinion ancienne qui refuse la personnalité morale aux Sociétés civiles : « Les arguments produits dans le sens opposé, disent MM. Lyon-Caen et Renault, sont faux ou insuffisants. Il y a là une fiction ; elle ne peut être admise qu'en vertu de textes positifs proclamant le principe de la personnalité.

Cette objection serait péremptoire, et devrait faire rejeter l'argument d'analogie, comme la plus dangeuse des erreurs, si nous n'en trouvions, à chaque instant, dans le droit, des exemples nombreux : ainsi, en ce qui concerne les actes de commerce : « Une interprétation respective n'est pas une interprétation littérale, écrivent MM. Lyon-Caen et Renault. L'analogie et les motifs mêmes de la loi doivent parfois faire déclarer commerciaux des actes qu'elle n'a pas expressément nommés. » (2) Aussi MM. Lyon-Caen et Renault, (3) reconnaissent-ils un caractère commercial même, « à des faits contraires à la loi et aux bonnes mœurs qui ne sont pas incompatibles avec la nature commerciale. » Voilà pourtant un exemple, où, en raison même du caractère délictueux des actes visés, l'argument d'analogie devrait être rigoureusement écarté. L'argument que nous combattons n'a donc pas toute

(1) Lyon-Caen et Renault, *Sociétés*, n° 126.

(2) Lyon-Caen et Renault, Tome 1, n° 104.

(3) Lyon-Caen et Renault, Tome 1, n° 103 bis.

la portée que semblent lui donner ses auteurs. Aussi croyons-nous avec M. Mongin, (1) qu'en ce qui touche les personnes civiles, « il ne faut pas interpréter les textes d'une manière limitative : des arguments d'analogie permettent d'en étendre la portée. »

Mais jusqu'où fallait-il pousser l'argument d'analogie ? Devait-on se contenter d'écarter l'application de la règle : « Nul en France ne plaide par procureur. » Ou bien devait-on admettre sans distinction toutes les conséquences de la personnalité ? »

Notre ancien droit n'avait pas senti le besoin de cette réforme. Pothier (2), dans son *Traité des Sociétés*, écrit : « Les associés mettent aussi en société les choses mêmes qu'ils y apportent et les rendent communes entre eux pour la propriété et pour la jouissance. »

Mais les transformations économiques et sociales du monde moderne ont fait naître des rapports nouveaux, auxquels ne peuvent s'accomoder facilement les règles de l'indivision. Même parmi ceux qui sont encore les adversaires de la personnalité des sociétés civiles, on désire sur ce point une intervention prochaine du législateur. « L'absence de personnalité juridique, dit M. Guillouard, constitue une entrave permanente au fonctionnement de la société. Les im-

(1) Note de M. Mongin, P. F. 92, 1, 97.

(2) Pothier, *Société*, Chap. 1^{re}, n° 3.

meubles sont grevés des hypothèques légales et judiciaires qui existent contre les associés; les créances sociales sont partiellement éteintes par la compensation, du chef des associés. » (1)

Ces considérations ont pu hâter la décision de la jurisprudence : elles ne l'ont pas dictée, ainsi que l'on peut s'en convaincre, en étudiant la question dans ses éléments juridiques, même indépendamment des arguments d'analogie.

Quelle que soit l'opinion que l'on ait sur le sens du mot Société, dans le Code civil; qu'il désigne une personne civile, ou tout simplement les associés, par abréviation, il est certain que l'article 1860 est une innovation considérable dans le Code. Que disait en effet Pothier? Il disait que l'associé comme tout propriétaire peut aliéner sa part indivise : « Un associé, écrit-il, ne peut aliéner ni engager les choses dépendantes de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a » (2). L'article 1860 du Code civil supprime précisément la fin de cette proposition. Si l'associé ne peut pas engager sa part, c'est donc qu'elle ne lui appartient pas, et qu'elle constitue le patrimoine propre d'une Société, indépendamment des associés. Cet argument a été présenté avec beaucoup de force et de

(1) Guillouard, *Traité de la Société*; n° 27.

(2) Pothier, *Société*, Chap. 5, n° 89.

clarté par M. Labbé (1) : « L'article 1860, où les rédacteurs du Code ont rectifié Pothier, soulève une difficulté sérieuse. L'associé ne peut aliéner sa part d'une chose commune. Donc sa propriété a été altérée au profit de la Société, pour que celle-ci prospérât. Les associés ne sont pas de simples copropriétaires liés par des obligations personnelles. Une partie de leurs droits a été détachée de leur tête et concentrée sur la tête idéale de la société ».

Nous concluons donc sans réserve, que, soit au point de vue de l'argumentation d'analogie pure, soit au point de vue de la discussion restreinte au seul article 1860, les sociétés civiles constituent des personnes morales comme les sociétés commerciales. L'argument d'analogie nous paraît encore préférable, parce que, si ingénieux que puisse être celui qui est fourni par l'article 1860, il a l'inconvénient d'être isolé. Par l'argument d'analogie, au contraire, on ne sépare pas les arguments de ceux que l'on invoque en faveur des autres sociétés. On saisit mieux le travail créateur de la jurisprudence et l'on y retrouve, comme dans ses déductions, avec la hardiesse d'une conception nouvelle le souci constant des nécessités de la pratique.

D'ailleurs, si l'on veut saisir sur le fait le mouve-

(1) Labbé, dans Sirey, 1891. Bull. bibliog., p. 25.

ment des idées qui ont guidé la Cour de Cassation vers cette jurisprudence nouvelle, il suffit de lire le plus récent des arrêts rendus sur la matière. C'est un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 22 février 1898 (1) confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 3 juillet 1896 qui avait maintenu lui-même les motifs d'un jugement du tribunal civil de Lyon du 6 décembre 1894 (2). Il s'agissait en l'espèce d'une société civile, formée pour l'achat d'immeubles, qui devait plus tard transformer ces immeubles en un casino ou en une salle de spectacles publics. La société civile préparait donc la formation d'une société en nom collectif. Il résulte de l'examen des motifs que les diverses juridictions saisies du litige se sont inspirées de l'analogie entre les deux sociétés ; on ne saurait donc trop insister sur la nature des arguments qui dans ces espèces ont inspiré la jurisprudence ; c'est par un raisonnement d'analogie que l'on peut justifier les décisions nouvelles rendues sur ce point.

Ce mouvement de la jurisprudence nous paraît d'ailleurs conforme aux besoins et aux nécessités de notre époque. On comprend aujourd'hui qu'il ne suf-

(1) Cassation Req. (consorts Guillet), 22 février 1898, P. F. 98, 1, 301.

(2) Cour d'appel de Lyon 3 juillet 1896, et Trib. civ. Lyon 6 décembre 1894. P. F. 98, 1, 301.

fit pas d'avoir proclamé la liberté du commerce et de l'industrie pour faciliter le mouvement économique. L'individu isolé est souvent désarmé contre la concurrence ; il faut au travail des capitaux, et les capitaux ne s'accumulent que par l'association. Mais l'association n'est vivante que si elle est un être moral, distinct de la personne de ses membres : c'est l'existence de la personne morale qui donne au corps tout entier sa vitalité et sa force de résistance.

Le nouveau Code civil Allemand n'a pas formellement résolu cette importante question. Son article 719 dispose que l'associé ne pourra pas aliéner sa part sociale. Cette disposition nous paraît aussi claire que celle de l'article 1860 de notre Code civil. L'argument que nous présentons est d'ailleurs confirmé par le texte même du second alinéa de l'article 719 : « A la créance sociale le débiteur de la société ne peut opposer en compensation sa créance contre un associé. » Ces mots nous paraissent suffisants pour affirmer que le Code Allemand a entendu séparer les droits de la société des droits personnels de chacun des associés.

APPENDICE

Les Usages Commerciaux et la Notion d'Ordre Public.

L'article 7 de la loi du 30 Ventôse de l'an XII, qui réunit en un seul Code les lois promulguées, du 14 Ventôse an XI au 24 Ventôse an XII, déclare en termes exprès qu'à l'avenir les Coutumes générales ou locales cesseront d'avoir force de loi générale.

Cet article met-il obstacle à l'application de certains usages, aux conflits juridiques, en particulier, dans les cas où la loi commerciale est muette ou insuffisante ?

Certains usages commerciaux ont acquis force de loi en vertu de la loi du 13 juin 1866. Il en était déjà de même pour les usages ruraux depuis la loi du 28 septembre, 6 octobre 1791.

La question ne soulève de difficultés que dans les cas où tacitement les parties se sont référées à des usages qui paraissent contraires aux règles générales du droit, en particulier à la notion d'ordre public.

Nous croyons avec MM. Weiss et P. L. Lucas, « que l'usage commercial n'est pas autre chose que la volonté tacite des parties. (1) » Dès lors il ne saurait

(1) Note de MM. Weiss et P.-L. Lucas ; P F : 94, 2, 329.

avoir ni plus d'étendue ni plus d'efficacité que la volonté des contractants formulée en termes exprès. Là où cette volonté serait arrêtée par un texte ou par un principe de droit, l'usage doit être de même écarté.

Par exemple c'est une règle de la faillite que si le vendeur, qui a fait un marché à livrer, peut, en cas de faillite de l'acheteur user du droit de rétention, il ne saurait se prévaloir des usages d'une place commerciale qui attribuent, au vendeur à livrer, une indemnité par suite de la résiliation du marché. C'est ce qui a été jugé par le Tribunal de commerce de Dunkerque, dont la décision a été confirmée par arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 avril 1875 : « Attendu que les vendeurs invoquent vainement la clause de leur marché de blé et d'avoine, portant qu'il est conclu aux conditions et usages de Paris ; que ces usages, quels qu'ils soient ne sauraient faire échec aux dispositions légales, qui ont pour objet de maintenir l'égalité entre les créanciers de la faillite. » (1)

Nous concluons donc que l'usage ne saurait déroger ni plus ni moins à la notion d'ordre public que la volonté expresse des parties. MM. Aubry et Rau, et M. Demolombe, qui s'écarterent ici de la jurisprudence tombent dans un excès de part et d'autre. MM. Aubry et Rau ne donnent aux usages ; « qu'une autorité mo-

(1) Req. Rej. 8 avril 1895 (Varille). P. F : 96, 1, 413.

rale par l'interprétation de la loi » (1) M. Demolombe, au contraire va jusqu'à dire : (2) « L'usage n'est-il pas la meilleure et la plus sûre expression des intérêts et des besoins de tous. L'usage ! Mais c'est la loi qui se fait elle-même et toute seule ! »

Le Code civil Allemand a suivi sur ce point l'exemple de notre Code. En certaines circonstances il renvoie aux usages comme le fait notre Code civil dans ses articles 674, 1648, 1745, et 1777. Le Code Allemand reconnaît explicitement la valeur des usages dans son article 157 sur l'interprétation des contrats, et dans son article 242 sur l'obligation de donner. Les mêmes règles étaient déjà consacrées par le Landrecht du Royaume de Prusse ; dans son article 270. — I, 5. De plus les articles 3 et 32 de la loi d'Introduction, analogues à l'article 7 de la loi du 30 Ventôse de l'an XII, laissent subsister les usages locaux non contraires au nouveau Code.

(1) Aubry et Rau ; (5^e édition) ; tome 1^{er}, p. 75.

(2) Demolombe, *Droit Civil*, tome 1^{er} n^o 35.

LIVRE SECOND

ETUDE PRATIQUE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

TITRE PREMIER

CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'APPLICATION D'UNE NOTION D'ORDRE PUBLIC.

Les trois titres qui précèdent constituent la partie théorique de cette étude, dans laquelle nous avons essayé de distinguer, par une analyse aussi exacte et aussi précise que possible, les éléments définis ou indéfinis, variables ou invariables, qui constituent la notion d'ordre public.

Le moment est venu de quitter ce domaine de spéculation pure pour appliquer aux faits les principes que nous avons posés et pour suivre dans la pratique judiciaire ou dans la jurisprudence l'influence qu'exerce l'application d'une notion d'ordre public.

C'est ici qu'il faut se souvenir des paroles de Demolombe (1) : « Le Droit, science active et militante, doit être toujours en présence des faits qu'elle a pour mission de gouverner ».

I

Pour apprécier l'étendue de cette influence de l'application d'une notion d'ordre public dans le domaine des faits, nous l'étudierons suivant les trois règles suivantes :

1° Nous rechercherons, en remontant dans le passé, quelle a été l'influence constatée de la notion d'ordre public dans la jurisprudence.

2° Dans le présent, nous verrons quel rôle est celui de la notion d'ordre public ; comment les tribunaux entendent et dirigent son application ; comment enfin elle agit sur le développement de la jurisprudence actuelle.

3° Dans l'avenir, nous essaierons de deviner, par certains indices ou certaines indications actuelles, quelle portée on pourra donner à la notion que nous étudions, et quel rôle elle peut être appelée à jouer dans le développement de notre jurisprudence et même de notre législation.

(1) Demolombe, *Droit civil*, Préface, p. 5.

CHAPITRE PREMIER

Influence de la notion d'ordre public dans le passé.

Maintien de la tradition.

Quelle que soit l'importance des éléments variables ou indéfinis, qui constituent la partie changeante et mobile de la notion d'ordre public, cette notion est avant tout une notion précise, fermement arrêtée dans les limites que lui impose la volonté du législateur.

Aussi, par une conséquence naturelle, elle a servi plus que toute autre notion, au maintien de notre tradition juridique. C'est en son nom, c'est au nom de la tradition que la jurisprudence a refusé de reconnaître au droit du preneur à bail d'un immeuble un caractère réel; c'est encore au nom de la tradition que l'on a refusé de donner à la femme le droit d'exercer ses prélèvements à titre de propriétaire, à l'encontre des créanciers de la communauté, de sorte que l'on peut dire que la notion d'ordre public est un des plus sûrs fondements de la tradition.

On l'a bien vu naguère, quand à l'exemple de l'Etat, une de nos Compagnies de Chemin de fer tenta de

convertir ses Obligations. La résistance de toutes les juridictions ne lui permit pas de s'attribuer un droit que l'Etat ne saurait tirer que de son caractère de puissance publique. Cependant les circonstances étaient favorables à la Compagnie débitrice : la baisse du taux de l'intérêt, l'abondance des capitaux, la sûreté de son crédit, le cours de ses obligations favorisaient sa tentative. Elle échoua cependant. Nul exemple ne montre mieux le caractère conservateur de la notion d'ordre public. On veut bien permettre à l'Etat la conversion de sa dette. Mais ce droit doit être refusé aux particuliers. La question a été vivement discutée, tant en France qu'à l'étranger, et elle demande quelques développements.

D'abord quelques mots des faits : ils sont simples (1) : le 30 avril 1895, le Conseil d'administration des Chemins de fer de l'Est, se faisait autoriser par l'Assemblée Générale des actionnaires, à convertir 331,243 obligations, émises de 1852 à 1856, au taux de 480 fr. 36 ; 491 fr. 99 ; 472 fr. 62 ; 461 fr. 78. La Compagnie donnait le choix aux porteurs de ces Obligations 5 0/0, entre un remboursement immédiat ou une diminution d'intérêts de 25 fr. à 22 fr. 50 ; de telle sorte que l'intérêt primitif de 5 0/0 se trouvait ramené, déduction faite des charges fiscales (7 fr.) par

(1) *Pandectes Françaises*, 1896, 1, 325.

titre, à 3 fr. 359 0/0. Il faut ajouter qu'à la même époque les Obligations 5 0/0 étaient cotées en Bourse et au comptant à 656 fr. — Les porteurs d'obligation n'acceptèrent pas les propositions de la Compagnie et le procès s'engagea.

La question ne s'était jamais posée en France, avec la netteté que présentait l'espèce en litige. A l'étranger la jurisprudence se divisait : le Tribunal du canton de Vaud, par jugement du 16 mai 1894, et la Cour de Bruxelles, par arrêt du 18 février 1888 avaient décidé que le terme étant en faveur du débiteur, celui-ci avait la faculté d'y renoncer et d'anticiper le remboursement. A plus forte raison il pouvait imposer une conversion, combinaison moins onéreuse pour le créancier. Cette doctrine avait été au contraire rejetée par un arrêt plus récent de la Cour de Bruxelles, du 26 avril 1893, et par un Jugement du Tribunal Fédéral Suisse, du 1^{er} mai 1890.

Dans l'espèce la Compagnie justifiait sa proposition de conversion par l'article 1187. Le terme est toujours stipulé, disait-elle en faveur du débiteur ; d'autre part les circonstances ne peuvent s'interpréter contre moi. Donc ma proposition de conversion est justifiée.

Elle a cependant été rejetée par le Tribunal de la Seine, par la Cour de Paris, et par la Cour de Cassation. Sans doute les questions de fait ont pu influencer sur la décision définitive, qui s'est fondée sur les ter-

mes du contrat. Mais il y avait derrière cette espèce une question beaucoup plus large, beaucoup plus grave, et de nature à inquiéter certains porteurs d'obligations des grandes Compagnies ou Sociétés. — C'était en quelque sorte une question nationale de crédit qui était en jeu ; et il suffit de lire les décisions judiciaires rendues en cette affaire pour voir combien la jurisprudence a tiré parti d'une idée, d'une notion, indépendante des termes mêmes du contrat ou de ceux de la loi. Si on ne nomme pas expressément la notion d'ordre public, on sent que c'est elle que l'on invoque secrètement pour écarter une tentative, qui contrariait, bouleversait même des idées reçues et admises par tous. C'est là qu'apparaît le caractère profondément conservateur et traditionnel de la notion d'ordre public.

« Attendu, dit le Tribunal de la Seine (1) dans son jugement du 18 juillet 1895, que le prêteur a dû compter qu'il serait assuré de toucher les intérêts convenus sans être continuellement placé sous le coup d'un remboursement anticipé, qui n'a pas été prévu, et sans se voir par suite forcé de chercher ailleurs un autre placement qui pourrait être moins rémunérateur pour lui ». — Ce sont les mêmes idées que

(1) Tribunal de la Seine, 18 juillet 1895, P. F. 96, 1, 325.

M. l'avocat général exprime devant la Cour (1) : « Il semble, dit-il, que la prudence commande au juge de revenir au texte et de s'y tenir. Il est fort clair ». Enfin, c'est le même esprit qui inspire les deux arrêts, celui de la Cour de Paris du mois de novembre 1895 et celui de la Chambre des Requêtes du 21 avril 1896.

D'ailleurs, c'est cette doctrine qui paraît triompher chez les auteurs : « Le remboursement anticipé, disent MM. Lyon-Caen et Renault (2), n'est pas possible contre la volonté des obligataires. La règle que l'on invoque n'est pas absolue et l'article 1187 lui-même y apporte des restrictions ».

Il est donc clair que dans l'espèce la jurisprudence, au lieu d'interpréter un contrat obscur, en faveur du débiteur, a au contraire opposé une résistance décidée à une nouveauté qui eût donné à des particuliers des droits équivalents à une prérogative dont peut seule se prévaloir une puissance publique. Il fallait une notion traditionnelle, comme la notion d'ordre public pour arrêter une tentative qui eût trouvé des imitateurs.

(1) Conclusions de M. l'avocat général Puech. P. F. 96, 1, 325.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Sociétés*, p. 385 et suiv.

CHAPITRE II

Influence de la notion d'ordre public dans le présent.

Consécration des changements sociaux.

Si la notion d'ordre public avait seulement un caractère traditionnel ou conservateur, elle favoriserait plutôt l'esprit de routine que l'esprit de progrès. Mais heureusement connue, il y a en elle des éléments de nature variable, qui subissent l'influence des changements sociaux : on peut dire que la notion d'ordre public consacre ceux de ces changements sociaux qui sont définitivement acquis.

Un exemple emprunté à la célèbre question des Marchés à terme sur les valeurs mobilières fera bien comprendre l'influence de cette notion en notre matière, en montrant quels changements se sont opérés depuis les arrêts du Conseil du 24 septembre 1724 et 7 août 1785 jusqu'à la loi du 28 mars 1885.

Dans l'ancien droit français, les marchés à terme étaient formellement prohibés, au nom de l'ordre public, par l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724. La doctrine d'ailleurs était unanimement contraire au

jeu et aux paris : on connaît les fortes expressions de Pothier : « Chacun des joueurs, disait-il, ne cherche qu'à dépouiller celui contre lequel il joue, comme deux duellistes cherchent réciproquement à s'ôter la vie » (1). Cet esprit inspirait encore le Code civil dans son article 1965. Mais il faut bien reconnaître que dans le monde moderne le goût des gains faciles s'est développé avec l'affluence des capitaux, car depuis les Parères de 1824, un mouvement d'opinion s'est prononcé en faveur d'une réforme qui a abouti à la loi du 28 mars 1885. L'ordre public autorise et protège ce qu'il condamnait jadis. On ne peut concevoir une réforme plus radicale.

Mais l'événement a montré une fois de plus que l'esprit d'une législation ne meurt pas quand disparaissent les textes qu'il inspirait : la vieille conception de l'ordre public que l'on croyait ruinée retrouve dans la jurisprudence un appui qui surprend les partisans les plus décidés de la loi du 28 mars 1885.

Laissons de côté la question morale : nous ne défendons pas celui qui use de l'exception de jeu : nous répéterons avec Pothier encore (2) : « La plus grande difficulté sur le jeu consiste dans le for de la conscience. » Mais nous ne voulons pas davantage excuser ceux qui invoquent ici la morale pour dissimuler

(1) Pothier, *Du Jeu*, Chap. 1, section 2, § 34.

(2) Pothier, *Du Jeu*, Chap. 2, § 50.

leurs artifices trompeurs, et leurs promesses fallacieuses. Co-auteurs ou complices, ils dédaignent plus qu'ils n'ignorent la loi morale dont ils veulent se prévaloir.

Restons dans le domaine du droit : La loi du 28 mars 1885 a créé une présomption légale. L'ordre public veut-il qu'en certains cas l'exception de jeu puisse renaître : dans ce cas, à quelles conditions faut-il l'admettre et quelles preuves faudra-t-il apporter ? C'est la question que nous allons examiner.

Nous croyons : 1° que la présomption créée par la loi de 1885 est *juris tantum* ; 2° qu'elle admet donc la preuve contraire et par tous les moyens : car de toutes façons la liberté de la preuve s'impose, soit que l'on donne à l'opération un caractère commercial, soit qu'on la considère comme une fraude à la loi sur le jeu.

Reprenons la première proposition : la présomption créée par la loi du 28 mars 1885 est *juris tantum* : en conséquence elle admet la preuve contraire ; que dit en effet l'article 1^{er} de la loi : d'une part il pose en principe que les marchés à terme sont légaux, d'autre part il admet la validité même au cas d'une opération sur simples différences. Le second paragraphe marque en quelque sorte la limite extrême du domaine d'application de la loi. Au-delà elle cesse de s'appliquer et dans quel cas alors ? Ce sera précisément dans toutes les hypothèses, où il y aura jeu ou pari, en un mot

une opération fictive. Par ce fait seul que la loi n'a validé expressément parmi les marchés à terme que ceux qui portent sérieusement sur une différence, elle exclut de sa protection, par argument *a contrario* ceux qui ne portent pas sérieusement sur une différence : c'est-à-dire les jeux et les paris sur les cours. On ne peut distinguer les uns et les autres, que si la présomption de l'article 1 est *juris tantum*. Autrement on risquerait, en rejetant une offre de preuve, d'étendre arbitrairement le texte de la loi, qui est limitatif dans sa protection. D'ailleurs écarter en un cas une preuve est une mesure grave quine saurait être fondée que sur un texte. Ce texte n'existe pas : nous en concluons donc que la présomption de validité contenue dans l'article 1^{er} de la loi du 28 mars 1855 admet la preuve contraire.

C'est en ce sens que la cour de Paris s'est prononcée par un arrêt remarquable du 30 juin 1894 : Considérant, dit la cour (1) que si la loi du 28 mars 1885 reconnaît la légalité des marchés à terme sur effets publics, et interdit de se prévaloir de l'article 1965 du Code civil, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement de simples différences, elle ne dit nullement

(1) Paris (3^e Chambre) 30 juin 1894. (Bloch et C^e) P. F : 97, 2, 112.

que si des opérations de jeu en empruntent la forme et se cachent sous leur apparence, elles seront, par cela seul à l'abri de toutes recherches. » La Cour d'Angers s'est prononcée dans le même sens par arrêt du 8 juillet 1895 (1).

Mais comment prouvera-t-on que l'opération régulière en la forme n'est au fond qu'un jeu ou qu'un pari ? Nous répondons : par tous les moyens.

Cette doctrine cependant n'est pas encore admise par toutes les Cours. En Allemagne où la même question se pose, il a été décidé qu'il fallait pour établir le jeu, une déclaration écrite des parties, *ab initio* avant tout marché : ainsi jugé par le Tribunal urbain de Francfort sur le Mein, le 16 février 1876, et par la Cour suprême de l'Empire le 4 juin 1872. En France un arrêt de la Cour de Dijon du 18 mars 1891 (2), adopte la même doctrine.

Cette jurisprudence ne nous paraît pas conforme aux principes généraux du droit. En effet de deux choses l'une ; ou l'opération a un caractère commercial, ou elle a un caractère civil. Si elle a un caractère commercial il faut suivre ici comme en droit commun l'article 109 du Code de commerce. Ou bien l'opération a un caractère civil : même dans ce cas la preuve est libre ; car au fond l'opération cache un

(1) Angers, 8 juillet 1895. (Brunet). P. F : 97, 2, 113.

(2) Dijon, 18 mars 1891. (Caplain). P. F : 93, 2, 273.

jeu ; elle est une fraude à la loi que l'on peut par tous les moyens poursuivre et démasquer.

C'est en ce sens que se prononce M. Labbé : « (1) L'exclusion de la preuve testimoniale, dit-il, serait à nos yeux bien opposée à la voie libérale dans laquelle la saine doctrine conseille au législateur de marcher en matière de preuve. « N'ajoutons rien à notre système de preuves qui, assez étroit et défiant du juge en matière civile est au moins largement judiciaire en matière commerciale. »

La jurisprudence est cependant vivement combattue par MM. Lyon-Caen et Renault. (2) « Cette opinion, disent ces auteurs, est inadmissible ; avec elle la loi du 28 mars 1885 n'aurait rien innové, des contestations seraient encore possibles sur le caractère sérieux ou non des marchés à terme, et cela contrairement à la volonté certaine du législateur. »

Malgré l'autorité de cette opinion, la majorité des auteurs pensent encore que l'on trouve dans les travaux préparatoires des vœux et des désirs, plus que des interprétations. Devant la fraude de tous les jours la jurisprudence ne peut rester désarmée. M. l'avocat général Sarrut indique quel doit être son rôle en cette occasion (3). « Les principes généraux du droit, dit-

(1) Note de M. Labbé, Sirey, 1886, 2, 1.

(2) Lyon-Caen et Renault, Tome IV, p. 682.

(3) Note de M. l'avocat général Sarrut, Dalloz, 1885, 2, 121.

il, autorisent le juge à aller au fond des choses, à ne pas s'en tenir à la qualification adoptée par les parties et à dégager de l'ensemble des faits le but poursuivi. Loin de supprimer ce pouvoir du juge la loi l'admet implicitement. » Si la loi de 1885 est vraiment comme l'ont voulu ses auteurs une loi de probité sociale, il ne faut pas embarrasser le juge par de vains scrupules. Il n'y a que les consciences troublées qui craignent la recherche des intentions. Ainsi que le dit justement M. Buchère (1), « la différence entre l'agioteur et le spéculateur ne peut être fondée sur une différence dans la forme de leurs opérations. Tous deux sont obligés de conclure des marchés à terme. »

Tel était l'état de la jurisprudence et de la doctrine lorsqu'un récent arrêt de la Cour de Cassation, vivement attendu et vivement commenté maintenant est venu donner une force nouvelle à la doctrine qui prétend proscrire sans réserves l'exception de jeu. Au point de vue pratique, il est certain que si la Cour de renvoi après cassation se prononce dans le même sens que la Chambre civile, la question ne pourra plus se discuter devant les Tribunaux. Mais, en présence de la divergence d'opinions qui divisaient les Cours, on peut se demander si la Cour d'appel qui doit statuer au fond après cassation s'inclinera devant

(1) Buchère, *Opérations de Bourse*, n^{os} 472 et suiv.

l'arrêt de la Chambre civile. Nous le saurons d'ailleurs dans un avenir très prochain.

On ne saurait toutefois nier la haute valeur de l'arrêt de la Chambre civile. Il prend nettement parti dans le débat sans distinction ni subtilités. L'esprit de l'arrêt apparaît bien clairement dans les lignes suivantes empruntées au travail de M. le Conseiller rapporteur (1) : « Devant cette opposition des discours, ce choc des rapports, toutes choses qui ont souvent plus d'éclat qu'elles ne donnent de lumière, nous nous demandons si ce n'est pas le cas d'appliquer une règle que vous avez si souvent et si sagement appliquée, règle qui consiste à vous mettre simplement et résolument devant le texte, en écartant tous ces documents dits préparatoires qui ont surtout pour effet de donner des armes à tout le monde, d'éterniser, sinon d'embrouiller les discussions ».

La Cour, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général, a suivi son rapporteur dans la voie qu'il lui indiquait et a condamné sans réserves l'essai de retour au système de l'exception de jeu.

« Attendu, dit l'arrêt du 22 juin 1898 (2), qu'en déclarant, en des termes essentiellement impératifs, que nul ne pourrait se soustraire aux obligations

(1) Rapport de M. le Conseiller Crépon, *La Loi*, 24 juin 1898.

(2) Cassation Civ. (Devos), 22 juin 1898, dans *La Loi* du 24 juin 1898.

résultant de tous marchés à terme sur effets publics et autres, de tous marchés à livrer sur denrées et marchandises, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence, la loi du 28 mars 1885, lorsque les spéculations sur effets et marchandises ont pris la forme de marchés à termes, a entendu interdire aux parties d'opposer l'exception de jeu, aux juges de rechercher l'intention des parties ; qu'en décidant le contraire, etc... ».

Tel est l'état de la jurisprudence à l'heure actuelle, état encore plein d'incertitude, mais que la décision de la Cour de renvoi va fixer définitivement en adoptant les motifs de la Chambre civile, ou troubler encore davantage en persistant dans les motifs de l'arrêt cassé de la Cour de Paris. Seule dans ce cas une décision des Chambres Réunies de la Cour de Cassation pourrait donner l'interprétation souveraine de la loi de 1885.

Au moment même où la jurisprudence hésite encore avant de se fixer, le législateur paraît s'inquiéter du principe de liberté que la Chambre civile vient de consacrer. Plusieurs propositions, tendent à le restreindre et viennent d'être déposées sur le bureau de la Chambre des Députés, qui prenant l'une d'elles en considération dans sa séance du 8 juillet 1898 a voté l'urgence en faveur d'une proposition de loi de M. Rajon ; cette proposition a pour objet de réprimer les abus des marchés à livrer fictifs sur les denrées

agricoles. Ce vote nous paraît être l'indice d'un changement prochain dans la législation des marchés à terme.

Le même mouvement d'opinion se manifeste à l'étranger. En Allemagne les marchés à livrer sur les blés ne sont plus libres. En Italie, la Cour de Cassation de Naples, par arrêt du 7 janvier 1895 (1) a décidé que les marchés à terme soumis à la nécessité d'une preuve écrite sur timbre sont nuls quand cette formalité n'a pas été observée. En Hollande, le tribunal de Middlebourg, jugement du 17 juillet 1895, et la Cour d'appel d'Amsterdam (2), arrêt du 27 décembre 1895, ont déclaré nuls des marchés à terme portant sur de simples différences et admis l'exception de jeu de l'article 1825 du Code civil Néerlandais.

La jurisprudence anglaise elle-même revient à une interprétation plus étroite des textes par un arrêt de la Cour du Banc de la Reine du 7 décembre 1878. En Belgique, le pouvoir de contrôle du juge est affirmé encore dans un arrêt de la Cour de Bruxelles du 30 juillet 1888. Même solution aux Etats-Unis, où nous trouvons en ce sens un arrêt de la Cour de Pensylvanie du 7 mars 1882 ; en Espagne enfin c'est au nom de l'ordre public, expressément nommé dans les motifs, que la Cour Suprême par deux arrêts du 16

(1) *Journal du Droit International privé*, 1896, p. 215.

(2) *Journal du Droit International privé*, 1898, p. 418.

août 1889, et 22 février 1889, refuse de reconnaître la protection de la loi aux marchés de Bourse qui recèlent un jeu ou un pari.

La notion d'ordre public, gardienne de la tradition se prête donc aussi aux transformations sociales qu'elle consacre. Mais personne ne saurait l'invoquer pour autoriser des profits malhonnêtes et des gains illicites et nous concluons avec Guillouard : (1) « que si la loi doit autoriser nettement, sans ambages, le marché à terme sérieux, rendu nécessaire par l'état de nos mœurs, et les lois économiques de notre époque, elle doit au contraire maintenir l'article 1965 pour les marchés à terme fictifs qui ne sont que des opérations de jeu.

CHAPITRE III

Influence de la notion d'ordre public dans l'avenir.

Préparations des réformes législatives.

L'influence de la notion d'ordre se fait sentir non seulement dans le passé et dans le présent, mais encore dans l'avenir. Le juge qui s'appuie sur le texte précis de la loi et qui s'y renferme, en montre, dans bien des cas, les imperfections et les lacunes. Mais si

(1) Guillouard, *Contrats aléatoires*, n° 111.

le Code lui fait un devoir de respecter le texte, il ne lui interdit pas d'user d'une interprétation habile, qui tout en concernant la lettre de l'article, lui permet de l'adopter aux besoins nouveaux dont il saisit dans les faits qui lui sont soumis les premières manifestations.

C'est ainsi que les tribunaux, soit en faisant apparaître les lacunes de la loi par une interprétation littérale et limitative, soit en essayant d'augmenter son domaine par une interprétation ingénieuse et large, permettent à la jurisprudence d'éveiller l'attention du législateur ou de hâter les réformes attendues. L'idée de l'ordre public apparaît ici, non plus avec son caractère conservateur et traditionnel, mais au contraire dans un rapport étroit avec les idées de réforme ou de progrès législatif : car c'est pour respecter l'ordre public, que le juge, tout en regrettant son silence, s'enferme dans l'énumération limitative de la loi ; et c'est encore respecter l'ordre public, tout en préparant l'avenir, que d'étendre l'application d'un texte qui ne saurait être strictement interprété dans sa forme littérale, si une telle interprétation aboutissait à favoriser la fraude ou à encourager la mauvaise foi.

C'est au sujet de l'insaisissabilité des Rentes sur l'Etat que la question s'est présentée avec le plus d'intérêt : les uns soutenant que l'insaisissabilité avait un caractère absolu, les autres prétendant que si ce principe existait au profit du Trésor, il ne pouvait pas

cependant s'entendre en ce sens que le débiteur pût toujours et sans distinction soustraire ses titres de rente aux poursuites de ses créanciers. L'ordre public qui commande de respecter les textes, dit-on en cette opinion, ne peut pas conduire à une iniquité.

La jurisprudence cependant se partage encore : certains tribunaux hésitent dans la doctrine qu'ils appliquent. C'est ainsi qu'au Tribunal de la Seine (1), un jugement du 23 janvier 1896 se prononce en faveur de l'insaisissabilité absolue (2), tandis que par jugement du même Tribunal, en date du 27 novembre 1896, c'est le principe de l'insaisissabilité relative qui triomphe. « Attendu, lit-on, dans le premier jugement, que la saisie arrêt se heurterait au principe absolu de l'insaisissabilité des Rentes ». Dans le second jugement c'est au contraire la jurisprudence de la Cour de Cassation que l'on invoque : Sur ce point il ne saurait y avoir de doute (3) : la Chambre civile a maintenant accepté le principe d'une insaisissabilité relative. Il suffit de citer quelques motifs d'un récent arrêt du 2 juillet 1894. « Attendu, dit la Cour, que l'article 7 de la loi du 22 Floréal an VII, en déclara-

(1) Tribunal de la Seine, 23 janvier 1896. (Patard P. F : 96, 2, 456.

(2) V. dans le même sens un article de M. Vigié, *Revue critique de Droit et de Jurisprudence*, 1875, p. 227.

(3) Civ. Rej. 2 juillet 1894. (Abadie, P. F : 95, 1, 271.

rant insaisissables les Rentes sur l'Etat Français a eu seulement pour objet d'interdire les saisies-arrêts de ces rentes pratiquées entre les mains du Trésor (1) ». La Cour ajoute que conformément aux articles 2092 et 2093 Civ., les créanciers peuvent exercer leurs droits, s'ils peuvent saisir les arrérages de la Rente chez un particulier, un banquier ou un notaire par exemple.

Cette doctrine est cependant combattue par deux sortes d'arguments : les uns tirés du texte des articles 4 de la loi du 8 Nivôse an VI, et 7 de la loi du 22 Floréal an VII ; les autres des discussions et des Travaux préparatoires de ces deux lois. Les textes d'abord : surtout celui de la loi du 8 Nivôse an VI, que l'article 7 de la loi du 22 Floréal an VII ne fait que reproduire et expliquer. Mais c'est surtout des Travaux préparatoires que l'on prétend tirer argument. On fait d'ailleurs remarquer à ce sujet que la loi de Nivôse a eu pour objet de donner un dédommagement aux Rentiers de l'Etat qui avaient perdu toute confiance dans le crédit national, à la suite de la loi du 9 Ventôse an VI ». Il n'est pas douteux, dit M. Buchère (2), que la loi ait voulu donner aux rentiers une situation exceptionnelle. Promulguée peu de temps

(1) Civ. Rej. 23 novembre 1897. (Poincelin) et le rapport de M. le conseiller Durand. P. F. : 98, 1, 73.

(2) Note de M. Buchère. *Pand. Franc.* 95, 2, 145.

après celle du 9 Ventôse de la même année qui proclamait la banqueroute de l'Etat et réduisait les titres de rente au tiers de leur valeur, elle a eu pour objet de relever le crédit public, en consolidant d'une manière particulière le tiers réservé aux rentiers ».

Quelle que soit la faveur que la loi ait voulu faire aux rentiers, il est certain que ce système conduit à des conséquences mauvaises. Au lieu de favoriser l'épargne et de consolider le crédit, il ouvre une voie nouvelle à la fraude des créanciers. « Ce serait, disait M. le Conseiller Monod, dans un rapport à la Chambre Civile, créer une nature particulière de biens, jouissant d'un privilège exorbitant » (1).

Nous croyons d'ailleurs que l'on peut combattre le système précédent non seulement par des arguments de texte, mais même par les Travaux Préparatoires que l'on prétend toujours nous opposer. D'un côté nous croyons que la loi de l'an VII, a pour objet de commenter et de préciser le sens de l'article 4 de la loi de l'an VI. Il suffit de relire les articles 7 et 8 de cette loi de l'an VII pour voir, que dans toute cette procédure la loi n'a expressément songé qu'aux procédures qui pourraient être faites entre les mains du Trésor : Or, il est certain que les lois de l'an VI et de l'an VII sont des lois spéciales : il faut les inter-

(1) Rapport de M. le Conseiller Monod. P. F : 95, 1, 282.

prêter restrictivement et en dehors d'elles le droit commun reprend son empire. Quant aux Travaux Préparatoires, il suffit de les lire jusqu'au bout pour s'apercevoir que la loi est faite avant tout dans l'intérêt du Trésor, et accessoirement en faveur des rentiers. « En dernier résultat, dit l'orateur du gouvernement, l'intérêt des créanciers, c'est-à-dire des rentiers se rencontre dans cette réforme » (1). Si l'intérêt des rentiers est le dernier que l'on considère on ne saurait vraiment dire que les lois de l'an VI et de l'an VII ont créé en leur faveur le droit exorbitant d'une insaisissabilité absolue des Rentes sur l'Etat. C'est la solution que M. Labbé recommande et qu'il conseillait dès 1860. « Ce principe de l'insaisissabilité, disait-il, est une contre-vérité érigée à tort en axiome » (2).

Ainsi, en interprétant les textes de l'an VI, et de l'an VII, les uns d'une manière étroite, les autres d'une manière plus libérale, les Tribunaux signalent les lacunes de la loi et appellent l'intervention du législateur. Quelles que soient les divergences de leurs doctrines en cette espèce, ils s'appuient toujours sur l'ordre public, au nom duquel ils laissent entendre qu'une réforme doit intervenir non seulement favora-

(1) Cf. Conclusions de M. le Substitut Servin. P. F : 97, 2, 185.

(2) Note de M. Labbé. *Journal du Palais* ; 1860, 1, 418.

ble au Trésor, mais conforme aussi aux principes généraux du droit.

APPENDICE

De l'équité dans la jurisprudence et de ses conflits avec l'ordre public

Il arrive quelquefois que les tribunaux hésitent à appliquer un texte qui leur paraît trop rigoureux. Les circonstances de la cause, l'honorabilité des parties, souvent même le changement des mœurs et des idées influent sur leur décision. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les privilèges des Agents de change, on tolère l'existence d'un marché libre, et les usurpations de fonctions se multiplient chaque jour. Mais, même en matière civile, il se présente des espèces, où l'insuffisance des dispositions légales, parfois leurs exigences devenues gênantes, offrent aux juges la tentation de juger plutôt d'après leurs lumières naturelles que d'après la rigueur des principes. Dans ce cas quel doit être le rôle de la notion d'ordre public en présence de cette jurisprudence d'équité.

On reconnaît généralement que les formalités de la constitution du gage civil sont compliquées et onéreuses. C'est ainsi que le gage doit demeurer en pos-

session du créancier ou d'un tiers qui possède en son nom. Articles 2076 et 2077 C.

Cette condition, en droit, est exigée à peine de nullité, mais elle est gênante chaque fois que le débiteur ne peut se dessaisir de la chose donnée en gage qu'en interrompant les travaux de son art ou de son industrie. Que faut-il décider, par exemple, quand un graveur donne en gage des planches gravées pour la reproduction des œuvres musicales, qui sont remises à un tiers convenu, mais sur lesquelles il se réserve le droit de tirer des exemplaires des œuvres gravées. Même difficulté dans le cas où des fabricants de gaze et de tulle donnent en gage leurs métiers, qui sont montés dans l'usine d'un tiers, détenteur du gage et chargé par le créancier de leur fournir la force motrice ?

Sur cette question embarrassante, les tribunaux se sont partagés. Par arrêt du 15 janvier 1874, la Cour de Paris a décidé que dans la première espèce la constitution de gage était valable. Dans la seconde hypothèse, au contraire, la validité du gage qui avait été reconnue par le Tribunal de commerce de Calais, a été niée par arrêt de la Cour de Douai du 9 juin 1877 et de la Cour de Cassation du 19 mars 1878. Il suffit de citer quelques motifs du jugement de Calais pour montrer à quel point le tribunal invoquait l'équité

plutôt que le droit » (1). Attendu qu'on ne saurait méconnaître qu'à Saint-Pierre-lez-Calais, le propriétaire de l'usine a le droit de s'introduire aussi souvent qu'il lui plaît chez les fabricants auxquels il loue l'emplacement et la force motrice ; qu'en effet tous ceux qui, par leur profession commerciale avaient à faire crédit aux fabricants, savaient parfaitement qu'ils avaient à compter avec le système du nantissement des métiers à tulle ; que dans l'espèce les créanciers avaient entre autres moyens de se renseigner, celui qui se pratiquait tous les jours, et qui consistait à s'adresser au propriétaire de l'usine ».

Cette jurisprudence toute d'équité n'a pas été confirmée par les juridictions supérieures. On n'a pas trouvé suffisante la garantie que présentait un propriétaire d'usine, tiers détenteur du gage, et devenant ainsi un agent de renseignements et de publicité du gage. Ce n'était pourtant pas une nouveauté qui pût surprendre dans notre droit. Quand une cession de créances a lieu, et que le cessionnaire a signifié au débiteur, le nouveau cessionnaire à qui le cédant de mauvaise foi offre une seconde cession, n'a pas d'autre moyen de se renseigner que d'interroger le tiers débiteur cédé qui est lui aussi une sorte d'agent de renseignements. De même, dans certaines villes, il est d'usage de rendre publiques par insertions dans

(1) Dalloz, 1879, 1, 65.

les journaux les ventes de fonds de commerce et de désigner un tiers qui, pendant un délai légal, recevra les créanciers du vendeur désireux de se procurer des renseignements ou de faire des oppositions sur le prix de vente. Il y a donc là un procédé de publicité que la pratique accepte et que le Tribunal avait jugé suffisant.

On peut il est vrai objecter, comme le fait M. Guillaouard, (1) « que le créancier n'a pas la possession exclusive de l'objet du gage, et qu'en réalité cette possession appartient à la fois à lui et au débiteur qui continue de jouir des avantages attachés à la détention. » Cette objection est juste, mais elle peut amener en certains cas l'impossibilité de toute constitution du gage. Ce danger avait été signalé dans les Travaux préparatoires de la loi de 1889, sur le crédit agricole, où l'on avait voulu constituer un gage sans déplacement sur les machines agricoles, Cette proposition n'a pas abouti, mais elle s'inspirait certainement des décisions rendues récemment par quelques Tribunaux.

Nous croyons que dans ces circonstances la question de la validité du gage doit être abandonnée à la prudence des Tribunaux. C'est une question de fait qu'ils résoudront suivant les circonstances de la cause, L'article 2076 du Code civil est assez large pour ne

(1) Guillaouard, *Du Gage*, n 99,

pas proscrire l'équité au nom d'un ordre public étroit et rigoureux.

Conclusion du Titre Premier.

Nous avons vu dans ce titre l'influence que la notion d'ordre public a exercé dans le passé, celle qu'elle exerce dans le présent, et celle qu'elle pourra exercer dans l'avenir. Nous avons vu que cette notion est moins rigoureuse, plus souple et plus variable qu'on ne le croit généralement. Loin d'être un obstacle au mouvement des idées elle consacre les changements sociaux et elle prépare les progrès de l'avenir.

Nous finissons avec ce titre l'étude de la notion d'ordre public, considérée en elle-même ou dans ses effets. Il ne nous reste plus qu'à énumérer les différents moyens par lesquelles la loi entend assurer l'exécution des règles qui intéressent l'ordre public. Ce sera l'objet du dernier titre qui sera consacré aux sanctions de l'ordre public.

TITRE SECOND

DES SANCTIONS DE L'ORDRE PUBLIC.

Ce second titre du livre deuxième sera consacré à l'étude des sanctions de l'ordre public, c'est-à-dire des règles et des dispositions légales qui en assurent le respect. Cette étude, comme celle que contient le titre précédent est une application pratique des principes que nous avons étudiés.

On ne connaît bien les sanctions d'un droit que lorsqu'on connaît ce droit lui même. Nous sommes maintenant assez près du but pour que nous puissions donner de la notion que nous voulons protéger une idée aussi précise que possible.

Nous croyons donc que l'on peut entendre par notion d'ordre public un ensemble de dispositions légales, impératives ou prohibitives, qui, sous certaines sanctions, civiles ou pénales, ont pour objet de protéger l'ordre social établi, en limitant sans l'entraver la liberté de l'interprétation judiciaire, ou des conventions privées.

De cette définition nous tirons deux conséquences au point de vue des sanctions : la première, c'est que

la loi assure si exactement l'application de la notion d'ordre public. qu'elle n'a pas craint de recourir aux sanctions pénales chaque fois qu'elle l'a cru menacé. Nous laisserons de côté, cependant, ces sanctions pénales qui ne rentrent pas dans le cadre de notre sujet.

Autre conséquence: le législateur soucieux avant tout de conserver l'ordre établi, a choisi parmi les sanctions, et avant toutes autres, les moyens préventifs, c'est-à-dire ceux qui permettent de respecter l'état de choses existant, sans ébranler l'édifice social, même par une répression justifiée.

Nous diviserons l'étude des sanctions de l'ordre public en deux groupes principaux ; dans le premier nous étudierons les moyens préventifs, établis pour arrêter ceux qui seraient tentés de troubler l'ordre. Ces moyens sont au nombre de deux : les empêchements et les défenses. Dans le second groupe nous rangeons les moyens répressifs, qui sont au nombre de trois : responsabilité civile, nullités et déchéances.

CHAPITRE PREMIER

Sanctions de l'ordre public.

A. — Moyens préventifs. — Empêchements.

Un des plus sûrs moyens d'indiquer la ferme volonté du législateur de faire respecter l'ordre public, c'est de créer par un texte légal un empêchement. Mais comme on soutient que le nombre des empêchements est limité, de graves difficultés se produisent, en particulier en ce qui concerne le mariage. C'est ainsi qu'on s'est demandé si l'engagement dans les ordres sacrés constitue un empêchement au mariage, et si cet empêchement est dirimant ou seulement prohibitif.

Cette question est une de celles qui dans notre droit, ont soulevé le plus de controverses. « Ce débat, disent MM. Weiss et P.-L. Lucas, a mis aux prises des champions illustres, inquiété les consciences et passionné l'opinion publique. » (2).

Dans notre ancien droit on était d'accord pour dire

(1) Note de MM. Weiss et P.-L. Lucas. P.-F. 88, 1. 49.

que l'engagement dans les ordres sacrés constituait un empêchement au mariage. Le Concile de Trente (1) avait prononcé une défense formelle : « *Si quis dixerit clericos in sacris ordinibus constitutos vel regulares castitatem solemniter professos, posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege Ecclesiac, vel voto, anathema sit.* » Pothier qui rapporte cette décision, la commente en ces termes : (2) « La puissance séculière de la France a adopté et confirmé la puissance ecclésiastique à cet égard : les Parlements conformément à cette discipline regardent les ordres sacrés comme un empêchement dirimant au mariage. »

La Révolution passée, le Concordat du 18 Germinal an X, régla de nouveau les rapports de l'Eglise et de l'Etat. Son article 6 dispose, « que les cas d'abus sont l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France. » L'article 26 reproduit les mêmes expressions en parlant, « des qualités requises par les canons reçus en France ». Si l'on ajoute à ces deux textes, les trois lettres de Portalis, du 14 janvier 1806, 30 janvier et 9 février 1807, on aura l'ensemble de la législation sur la matière. — Le Code civil est muet à cet égard. Quant aux autres déclara-

(1) Session 24. Canon 9, de Réform. matrim.

(2) Pothier, *Contrat de Mariage*, n^{os} 115 et 116.

tions de Portalis, et à celle de Boutteville, devant le Tribunat ce sont ou des critiques sur un texte proposé ou des opinions personnelles, que l'on ne peut mettre en parallèle avec un texte. Enfin nous croyons qu'il faut écarter du débat les textes du droit intermédiaire : décret des 7, 16 août 1792 ; 12 août 1792 ; 15 novembre 1793 ; — le Ministre de la justice dans sa lettre à l'Empereur du 28 Prairial an XIV, disait de ces textes, « qu'ils avaient été inspirés par le délire dans un temps de fermentation et de trouble. » En droit, nous croyons que ces textes se trouvent nécessairement abrogés par la promulgation du Concordat comme loi de l'Etat. La loi d'introduction du Code civil les aurait d'ailleurs abrogés, comme tout le droit intermédiaire contraire aux dispositions nouvelles du Code.

La question juridique se ramène donc à l'interprétation des deux articles 6 et 26 de la loi du 18 Germinal an X, et des trois lettres de Portalis, écrites en 1806. En dehors de ces textes il n'y a rien qui puisse avoir une valeur légale. Les principes mêmes du droit dont on prétend se prévaloir ne peuvent abroger des textes clairs, précis et limités. D'ailleurs quand même le grand principe de la liberté du mariage viendrait combattre ici la loi du 18 Germinal, an X, cette opposition ne prouverait qu'une chose, c'est que la loi de l'an X est une loi d'exception. C'est précisé-

ment ce que nous soutenons : *specialibus generalia non derogant*.

Dans ces conditions nous n'hésitons pas à conclure que l'engagement dans les ordres sacrés constitue un empêchement dirimant au mariage. Le Canon 9^e de la 24^e Session du Concile de Trente, qui constitue un empêchement dirimant, était incontestablement reçu en France, avant 1789, tout aussi bien que la Déclaration des quatre articles du 19 mars 1682.

Le Concordat ou les articles organiques additionnels ont fait revivre les uns et les autres. Il suffit pour s'en convaincre de relire les articles 1 et 6 de la loi du 18 Germinal an X. Il serait étrange que parmi ces canons et ces doctrines jadis reçues en France, reconnues et restaurées par le Concordat ou par les Articles organiques, on prétendit ne reconnaître que ceux qui assurent l'omnipotence de l'Etat. L'Etat accepterait volontiers ceux qui favorisent l'exercice de sa puissance temporelle; il rejeterait au contraire, comme s'il ne les avait jamais connus, ceux qui font appel à son bras séculier pour faire respecter l'autorité spirituelle. L'article 6 fait un devoir à l'Etat de réprimer, « toute entreprise ou tout procédé, qui dans l'exercice du culte peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement les consciences, dégénérer contre eux en oppression, en injure ou en scandale public. » L'Etat qui ne ferait pas respecter cet article 6,

manquerait à ses engagements. Il a déjà modifié par un acte unilatéral de sa volonté, dans les Articles Organiques, le Contrat synallagmatique qu'il avait signé : il ne lui appartient pas de rompre ce qu'il a déjà ébranlé.

Cette doctrine est maintenant en opposition avec la doctrine de la Chambre civile de la Cour de Cassation. Par arrêt du 25 janvier 1888, elle a décidé que l'engagement dans les ordres sacrés constitue seulement un empêchement prohibitif (1). Nous ne reproduirons pas les arguments sur lesquels la Cour se fonde : ce sont ceux-là même que nous avons combattus.

Nous sommes heureux, dans un si grave débat de voir notre doctrine, affirmée encore dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 février 1878 (2), conforme d'ailleurs à une tradition presque séculaire de la Cour de Cassation, qui se manifeste par les Arrêts du 9 janvier 1821 et 23 février 1847. « Attendu, dit l'arrêt de 1878, qu'il résulte des articles 6 et 26 du Concordat du 18 Germinal an X, que les prêtres catholiques sont soumis aux canons qui étaient alors reçus en France et par conséquent à ceux qui interdisent le mariage aux ecclésiastiques, engagés dans les ordres sacrés, et déclarent nuls les mariages con-

(1) Civ. Rej. 25 janvier 1888 (Sterlin). P. F : 88, 1, 49.

(2) Req. Rej. 26 février 1878; — P. F : 86, 2, 49.

tractés au mépris de cette disposition ; attendu que le Code civil et les lois Constitutionnelles ne renferment aucune dérogation à cette loi spéciale ; par ces motifs, Rejette. »

Enfin, quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la nature de l'empêchement, dirimant ou prohibitif, il faut reconnaître, comme le dit M. Colmet de Santerre, « que l'ordination n'est pas un pur acte religieux comme l'administration de tout autre sacrement. C'est un acte, sous un certain rapport civil, puisqu'il confère un caractère reconnu par la loi et auquel sont attachés dans l'ordre social certaines prérogatives. Donc la promesse qui l'accompagne doit constituer une obligation valable, non seulement dans le for intérieur, mais encore dans le for extérieur. La violation de cette promesse serait un fait illicite auquel la loi ne peut évidemment pas prêter son appui » (1).

L'engagement dans les ordres sacrés constitue donc un empêchement dirimant au mariage. Nous dirions volontiers que cet empêchement, fondé aussi sur des considérations morales, est un des plus puissants que puisse créer l'ordre public. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette union de la morale et de la notion d'ordre public, en cherchant dans notre conclusion générale quel est le fondement juridique et moral de la notion que nous étudions.

(1) Colmet de Santerre, Tome 1, n° 225 bis, II.

CHAPITRE II

Sanctions de l'ordre public.

A. — Moyens préventifs. — Défenses.

Les défenses comme les empêchements sont un des moyens préventifs institués par la loi pour assurer le respect de la notion d'ordre public. L'empêchement contient implicitement une défense, mais souvent le législateur a cru nécessaire de donner à la prohibition une forme précise, facilement connue et comprise de tous. Il suffit de se reporter au titre de l'Etat civil pour trouver des exemples nombreux de défenses légales : on peut citer à ce sujet les articles 35, 37, 42, 64, 65, 77, 85 et 100 du Code civil.

Pour mieux assurer l'exécution de ces règles, la loi a placé les officiers de l'état civil sous la surveillance et le contrôle du Procureur de la République. Les règles de ce contrôle sont écrites dans les articles 53, 99, 100 et 101 du même titre. Les officiers du Ministère public trouvent d'ailleurs dans l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 le droit « de surveiller d'une manière générale, l'exécution des lois, des arrêts et

des jugements, et de poursuivre d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ».

Cette disposition de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 paraît aussi large que possible. On a cependant soutenu que le droit d'action du Ministère public, illimité au moins dans son principe, recevait en certains cas, une restriction, dans l'intérêt des familles, et au nom même de l'ordre public qu'il a mission de faire respecter. Nous allons rechercher si cette défense existe réellement et dans quels cas elle peut mettre obstacle au droit du Ministère public.

En pratique la question se pose de la manière suivante : un individu se rend coupable du fait de suppression d'état; fait qualifié crime aux termes de l'article 345 du Code pénal. Pour accomplir ce crime l'individu a fait une fausse déclaration à l'état-civil. — Il y a donc une rectification à ordonner pour que la vérité soit rétablie ; de telle sorte que le fait de suppression d'état donnera ouverture à deux actions, une action civile et une action publique. Le Ministère Public devra-t-il attendre que le coupable ait intenté l'action en rectification, pour l'atteindre par l'action publique ? ou bien pourra-t-il, en vertu de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, ordonner d'office la rectification, afin de n'être pas arrêté par l'inaction calculée du coupable, qui se garderait bien d'intenter l'action

civile, afin d'éviter une poursuite pénale, en soutenant que dans l'espèce, et par un renversement de la règle ordinaire : « Le civil tient le criminel en état ».

S'il est un cas où l'action du Ministère Public paraisse légitime, c'est assurément celui qui nous occupe. Si l'on a en certaines circonstances subordonné l'instance criminelle, à l'action civile, ce n'est pas assurément pour donner au coupable un moyen d'éviter l'application de la loi. C'est en ce sens que se prononçait Merlin, dans son Répertoire (1) : « Quand le Ministère public agit seul et d'office, ce n'est pas l'état supprimé qu'il réclame ; il n'a et il ne peut avoir en vue que la suppression de l'état même ; rien ne peut donc arrêter son action, si l'état dont la suppression le fait agir n'est pas encore réclamé ou contesté devant les Tribunaux civils ».

La jurisprudence cependant s'est prononcée en sens contraire par arrêt solennel de la Cour de Paris, en date du 25 mars 1891. « Considérant, dit la Cour ; qu'en subordonnant l'exercice de l'action criminelle pour suppression d'état, à la décision définitive des Tribunaux civils sur la question d'état, le législateur a manifestement indiqué la volonté formelle d'assurer avant tout la paix et le repos des familles, au risque même de compromettre en certains cas l'exercice de

(1) Merlin. *Répertoire*, Tome VI, p. 557.

l'action criminelle qui peut parfois ébranler l'ordre public au lieu de l'affermir. » (1). Cette jurisprudence se fonde surtout sur un passage des Travaux Préparatoires, où l'intention du législateur, apparaît d'une façon assez claire. Dans la première rédaction proposée pour les articles 326 et 327 du Code civil, en donnait au Ministère public le droit de demander d'office la rectification de l'acte de l'état civil, pourvu qu'il eût un commencement de preuve par écrit. Cette rédaction n'ayant pas été maintenue on en conclut que ce droit du Ministère public a été supprimé. Il faudrait donc admettre maintenant que le Ministère public est lié, en l'espèce, par l'inaction de la partie, si criminelle que soit cette intention. Cette solution conforme au texte et aux Travaux Préparatoires (2) appelle l'attention du législateur et demande une réforme.

C'est à cette conclusion qu'aboutit M. le conseiller Mangin, dans son Traité de l'action publique. « Cette législation, dit-il, présente des inconvénients graves, et dans bien des cas l'impunité est assurée au coupable..... Les observations de M. Merlin sont fort justes, en ce qu'elles tendent à démontrer l'imperfection de la loi, mais le premier devoir du magistrat est de

(1) Paris. (1^o, 2^o et 3^o Ch.) 25 mars 1891. (Lefèvre). P. F : 94, 2, 21.

(2) Loqué, *Esprit du Code Napoléon*, t. V, p. 169.

l'appliquer telle qu'elle est, et M. Merlin ne pouvait pas douter que son système ne fût incompatible avec elle... » (1).

La législation Belge a depuis longtemps réformé sur ce point notre Code civil. A l'époque où la Belgique était unie à la Hollande, pour former le royaume des Pays-Bas, le Code Guillaume, par l'article 18 de son titre 13, a ajouté à l'article 327, du Code civil, un second paragraphe emprunté à la première rédaction de 1804. Cet article 327 se trouve donc complété de la manière suivante : « Néanmoins le Ministère Public pourra dans le silence des parties intéressées, intenter l'action criminelle, pourvu qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, sur lequel il sera préalablement statué. Dans ce dernier cas, l'action publique ne sera pas suspendue par l'action civile. »

Ainsi, dans notre droit actuel, où l'on attend encore cette réforme, le Ministère public, chargé de faire respecter les défenses et les ordres de la loi, se heurte à son tour à une défense écrite, dit-on, dans l'intérêt des familles. De part et d'autre c'est au nom des sanctions de l'ordre public que la loi est écrite, mais l'opposition qui se manifeste ici devait être relevée pour montrer quelles difficultés s'élèvent chaque jour au

(1) Mangin, *Traité de l'Action publique*, n° 188, p. 123 et 127.

sujet de ces questions si pratiques des sanctions de la notion d'ordre public.

Avec ce second chapitre, nous finissons l'étude des sanctions préventives. Nous allons étudier maintenant les sanctions répressives.

CHAPITRE III

Sanctions de l'Ordre public.

B. — Moyens répressifs. — Responsabilité civile.

Quand un particulier ne tient pas compte des défenses ou des empêchements institués par la loi, il se met en contradiction ou en conflit avec elle. Dans l'intérêt de l'ordre public, celle-ci a recours, dans ces circonstances, à des sanctions répressives, et même à des pénalités.

Les sanctions de l'ordre civil qui ont un caractère répressif sont au nombre de trois. Nous les étudierons dans l'ordre suivant : la responsabilité civile d'abord, puis les nullités et enfin les déchéances.

La responsabilité civile dérive d'un délit ou d'un quasi-délit : d'une manière générale, d'un fait illicite. L'auteur de ce fait doit réparer le préjudice qu'il a

causé, ou moral, ou pécuniaire. Il faut bien remarquer d'ailleurs que le préjudice moral ne donne ouverture qu'à une réparation pécuniaire, variable suivant les circonstances de la cause. A ce sujet, de graves difficultés se présentent par suite de quelques faits de concurrence déloyale : il est bon de les relever, parce que la concurrence déloyale cause un préjudice à la fois moral et pécuniaire.

D'une manière générale on entend par concurrence déloyale, la rivalité de deux commerçants, dont l'un cherche à atteindre le crédit et la réputation de son rival, par des moyens illicites. La publicité, les annonces, les prospectus, les imitations frauduleuses, les usurpations de marques, les critiques des produits similaires : voilà les procédés ordinaires de la concurrence déloyale.

C'est au sujet du droit de critique que s'élèvent les plus graves difficultés : chacun a assurément le droit de se faire à soi-même des compliments plus ou moins adroits. « Les dithyrambes les plus éloquentes, dit M. Pouillet (1), faits par un commerçant dans ses prospectus à l'occasion de ses produits, échappent à l'action en concurrence déloyale. Il en est de même de toute critique générale qui ne vise nommément personne. » La même solution est donnée par M. Pataille :

(1) Pouillet; *Marques de Fabrique*, numéro 620.

« Dites si vous voulez, écrit cet auteur, que vous faites mieux que vos concurrents ; personne n'aura à se plaindre et le public jugera (1). »

Mais que décider quand la critique dégénère en une polémique qui risque de compromettre le crédit et la réputation d'un des adversaires. Nous retrouvons ici la question du préjudice matériel et du préjudice moral : la question simple en apparence se complique des combinaisons infinies que suggère la déloyauté. Que de nuances variées, que de degrés à peine sensibles, depuis la critique que l'on donne comme scientifique jusqu'aux injures à peine dissimulées, en passant par toute la série des insinuations fausses ou malveillantes !

Le principe qui domine notre droit en cette matière est celui de la liberté, qui est une image de la liberté du commerce, affirmée par les lois de l'époque révolutionnaire. « La critique est absolument permise, dit M^e Pouillet ; on doit même lui laisser la plus grande liberté d'allure et ne pas gêner son franc-parler ; c'est à condition toutefois qu'elle sera sérieuse et loyale » (2).

Il n'y a point de difficultés tant que la critique est générale. Mais dès que les questions personnelles se mêlent aux discussions d'ordre commercial ou économique, le liège se complique de multiples questions

(1) Pataille, *Annales de la Propriété Industrielle*, 1857, p. 39.

(2) Pouillet, *Marques de Fabrique*, n^o 616.

de fait. Il faut même reconnaître que la jurisprudence est sur ce point très divisée. C'est ainsi qu'il a été jugé le 21 mai 1884 par le Tribunal de Commerce de la Seine, qu'il n'est pas permis à un commerçant de faire imprimer et distribuer des circulaires indiquant le nombre des affaires faites par lui, comparativement à celui des affaires faites par les autres maisons se livrant au même genre d'opérations. En sens contraire on trouve un arrêt de la Cour de Douai du 5 janvier 1855, rendu dans une espèce presque semblable.

A vrai dire, il semble que la jurisprudence n'ait pas en cette matière de règles fixes d'interprétation : une telle règle serait souvent insuffisante en présence de la complication des faits et des espèces. Souvent le préjudice moral ou pécuniaire est une question de fait, abandonnée à la jurisprudence des Tribunaux. C'est d'ailleurs le meilleur moyen de faire respecter l'ordre public ; si la responsabilité civile, grâce à ce pouvoir d'appréciation du juge, se calcule en proportion du préjudice causé, la sanction sera d'autant plus rigoureuse que la faute aura été plus lourde. La tendance actuelle de la jurisprudence est donc de ramener à une question de fait, les questions multiples que soulève aujourd'hui la concurrence déloyale.

Nous trouvons l'affirmation de cette doctrine dans un des arrêts les plus récents de la Cour de Paris, au

sujet de la concurrence déloyale, celui du 23 juin 1896 (1). « Attendu, dit la Cour, qu'il importe peu que dans une branche spéciale d'industrie, comme celle de l'assurance sur la vie, les écrits dont se plaint un concurrent empruntent la forme didactique et paraissent ne viser qu'un but scientifique et économique, si dans la réalité les conclusions auxquelles elles aboutissent ne tendent qu'à la dépréciation d'une industrie rivale ; considérant qu'en cette matière une erreur, même involontaire, n'est pas moins préjudiciable et constitue à la charge de son auteur une faute lourde assimilable au dol ».

Grâce à cet examen des faits, la responsabilité civile est une des sanctions les plus sûres de la notion d'ordre public. Mais souvent elle ne suffit pas ; il faut que la loi plus énergique encore frappe de nullités ou de déchéances les actes qui ont été faits. Ce sont ces deux sanctions que nous allons maintenant étudier, en commençant par les nullités dont l'examen présente moins de difficultés de fait, que l'étude des déchéances. Cette étude sera contenue dans les deux derniers chapitres de ce titre.

(1) Paris (2^e Chambre), 23 juin 1896 (*Mutual Life*). P. F. 97, 2, 132,

CHAPITRE IV

Sanctions de l'ordre public.

B. — Moyens répressifs. — Nullités.

« On appelle nullité, disent MM. Aubry et Rau, l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappé comme contrevenant à un commandement ou à une défense de la loi » (1). Un acte qui s'écarte des règles que consacre l'ordre public est donc nul.

Mais la loi, même quand elle frappe un acte de nullité, sait garder une juste mesure. A côté des actes nuls de droit, il y a les actes simplement annulables. La nature des preuves à fournir varie suivant ces distinctions ; d'une manière générale on peut dire que la loi, hostile aux actes à titre gratuit qui diminuent le gage des créanciers, traite avec plus de faveur les actes à titre onéreux.

Il est donc très important de connaître la nature d'un acte, pour savoir dans quels cas il peut être considéré comme nul de droit ou simplement annulable. Le même intérêt se rencontre au sujet des preuves à

(1) Aubry et Rau (5^e édition) ; introd. § 37, p. 180.

fournir. Cette question se présente surtout dans les cas où les créanciers invoquent soit l'action paulienne soit les actions en nullité des articles 446 et 447 du Code de commerce.

Une grave controverse divise les auteurs au sujet de la constitution de dot, les uns soutenant qu'elle est un acte à titre gratuit, qui tombe sous le coup de l'article 446 du Code de commerce ; les autres soutenant au contraire que cet acte peut être assimilé à un acte à titre onéreux, et qu'il faut dès lors, pour invoquer l'article 447 du Code de commerce, prouver non seulement le préjudice, mais encore la mauvaise foi du gendre et de la fille du constituant.

Comme le dit M. Guillouard, « le principal intérêt de la question est de savoir à quelles conditions une constitution de dot faite par le débiteur en fraude de ses créanciers, pourra être annulée ? Faudra-t-il la complicité de la fille dotée, ou du gendre comme en matière d'actes à titre onéreux, ou suffira-t-il de l'intention frauduleuse chez le constituant, comme pour les donations ? (1) ».

La jurisprudence a depuis longtemps répondu à cette question, et nous croyons que c'est avec raison qu'elle a adopté la solution la plus rigoureuse pour les créanciers, en exigeant la preuve de l'intention

(1) Guillouard, *Contrat de Mariage*, tome 1, n° 136.

frauduleuse des parties. — Sans parler des graves considérations sociales qui à l'heure actuelle portent le législateur comme le juge à favoriser le mariage, et à assurer la sécurité et la stabilité des conventions qui s'y rattachent, nous croyons qu'en droit pur la solution de la jurisprudence est conforme aux principes de la faillite.

Sans doute c'est une règle générale que l'égalité entre les créanciers est la loi des faillites. Mais c'est aussi une règle consacrée par des textes formels, que l'intérêt de la masse doit être écarté quand il heurte des intérêts généraux. C'est ainsi qu'en matière de lettre de change, l'article 449 établit une exception au nom de l'intérêt général de la circulation du papier de commerce et du crédit ; c'est ainsi encore que non seulement les privilèges généraux de l'article 2101 ne sont pas supprimés, mais encore ils s'augmentent de certains privilèges propres au droit commercial : ceux des ouvriers, des commis et des voyageurs. La règle qui fait de l'égalité la loi des faillites, n'est vraie que si elle gouverne le conflit des intérêts privés ; elle cesse d'être vraie chaque fois que son application viendrait atteindre un intérêt général, étranger, indépendant de la faillite. Parmi ces intérêts, il n'y en a pas de plus respectable, de plus digne de protection que celui de la famille légitime. La faveur que témoigne la jurisprudence à la famille est venu confirmer

sa décision, fondée sur la supériorité de certains intérêts généraux sur l'intérêt de la masse, dans les cas où ils peuvent entrer en conflit.

MM. Weiss et P.-L. Lucas (1) caractérisent d'une manière précise cet intérêt général de la famille, préférable à l'intérêt de chaque créancier. « Si les biens donnés au mari, disent ces auteurs, viennent à disparaître, les charges du mariage seront bien plus lourdes, et la situation de la femme bien empirée. Or l'intention de toutes les parties qui ont stipulé au contrat de mariage, a été d'assurer des moyens d'existence à la famille en général, et non à chacun des époux en particulier ; d'où la conséquence qu'il ne saurait y avoir de distinction suivant que la donation par contrat de mariage a été faite au mari ou à la femme. La Cour de cassation obéit à un mobile d'ordre social très élevé, elle tient à sauvegarder la sécurité de la famille et la stabilité des conventions matrimoniales, sauf à restreindre dans une certaine mesure l'action des créanciers du donateur et à subordonner leurs intérêts particuliers à l'intérêt général, qui leur paraît plus respectable ».

Cette jurisprudence paraît maintenant bien établie : à l'origine il n'était question dans les arrêts que d'assimiler la constitution de dot à un acte à titre onéreux

(1) Note de MM. Weiss et P.-L. Lucas, P. F. 1895, 1, 173.

Le mouvement de la jurisprudence s'est manifesté par une longue suite d'arrêts, du 23 juin 1847, 14 mars 1848, 18 novembre 1861, 11 novembre 1878, jusqu'à l'arrêt de la Chambre civile du 18 janvier 1887 (1). « Attendu que le contrat de mariage est un pacte de famille, immuable de sa nature, conclu en vue d'assurer l'existence nouvelle et l'accomplissement des obligations qui pèsent sur l'un et l'autre des époux ; que par conséquent l'acte qui constitue la dot est un acte à titre onéreux, vis-à-vis de chacun des époux. » La Cour ajoute que dans ces conditions la constitution de dot ne peut tomber sous le coup de l'article 447 du Code de Commerce, que si on prouve l'intention frauduleuse de toutes les parties sans exception. En pratique la bonne foi de la fille existant presque toujours, il serait presque impossible en fait, d'annuler une constitution de dot.

Les Cours d'appel se sont en général ralliées à la doctrine de la Cour de Cassation. Cependant quelques-unes maintiennent encore une jurisprudence contraire (2). « Attendu que pour justifier la suppression d'une action de droit commun, telle que l'action paulienne, dit la Cour de Paris dans un arrêt du 27 juillet 1894, on ne saurait arguer juridiquement de l'inté-

(1) Cassation ; Civ. Rej. 18 janvier 1887 (Jan). P.F. : 87, 1, 100.

(2) Paris (1^{re} Chambre), 27 juillet 1894 (Jeanson). P. F. : 95, 1, 173.

rét supérieur de la famille future, le même argument pouvant être invoqué en faveur du maintien dans le patrimoine des époux de tous les biens d'origine frauduleuse qui s'y trouveraient au jour du mariage. »

Cet arrêt résume l'ensemble des critiques que l'on adresse au système que nous avons défendu. Nous persistons cependant à soutenir avec la Cour de Cassation, que cet intérêt de la famille a ici une valeur et un fondement juridique, et que la loi de l'égalité entre les créanciers est plutôt la constatation d'un fait normal que le principe souverain, devant lequel s'inclineraient même les intérêts généraux. Une telle affirmation serait manifestement contraire à la loi, dans les cas que nous avons indiqués.

CHAPITRE V

Sanctions de l'ordre public.

B. — Moyens répressifs. — Déchéances.

Les déchéances sont avec les nullités les moyens les plus énergiques de faire respecter l'ordre public ; grâce aux déchéances, les espérances illicites, les fraudes attendues, les calculs malhonnêtes sont trompés, et la loi prononce la résolution du contrat sur

lequel on avait fondé l'espoir de duper l'autre partie, en profitant soi-même des artifices de sa tromperie.

Mais les déchéances, comme les nullités, sont de droit étroit : dans le silence des textes, on ne peut y suppléer ; alors même, que celui qui prétend s'en prévaloir contre l'autre partie, serait engagé dans les liens d'une obligation étendue ou onéreuse, il ne faut pas, pour l'en délivrer, admettre trop facilement les déchéances qu'il invoque.

Une jurisprudence abondante s'est formée à ce sujet, à la suite des incendies et autres sinistres qui sont réparés par les Compagnies d'Assurances. Souvent les Compagnies invoquent contre les assurés des déchéances, que ceux-ci refusent de reconnaître. La question se pose souvent au cas d'omission ou d'erreurs dans la police. Par exemple la police ne contient pas la déclaration d'un sinistre antérieur, ou bien elle n'indique pas la profession de l'assuré, ou bien encore il y a eu erreur sur la nature des matériaux d'une usine, sur les dangers d'une industrie, etc. Dans toutes ces circonstances il s'agit de savoir, si la Compagnie qui invoque la déchéance n'a pas commis à son tour une faute, par suite de la négligence de ses agents ou de la connaissance personnelle des réticences ou fausses déclarations. — Il y a lutte, entre la déchéance fondée sur l'ordre public, et d'autre part le principe qui veut que chacun soit

responsable de ses fautes, même les plus lourdes.

C'est un principe depuis longtemps reconnu que les fausses déclarations de l'assuré entraînent déchéance pour lui. Pothier l'admettait pour le « ristourne » dans les assurances de mer, alors même que l'assuré serait de bonne foi. « La déchéance, disait-il, a lieu quand même l'assuré aurait fait sans mauvaise foi ces fausses déclarations, étant lui-même dans l'erreur (1) ». Ce n'est que l'application d'une vieille maxime du Guidon de la Mer ». L'assureur en tout se confie à la prudence de son assuré ». — C'est encore la même doctrine que nous trouvons dans Emerigon. « L'assurance est nulle, si l'assuré a omis, même par inadvertance, de déclarer quelque circonstance essentielle » (2).

Voilà donc le principe certain : (3) dans les contrats d'assurances les fausses déclarations, même de bonne foi, et les réticences, entraînent pour l'assuré déchéance du bénéfice de son contrat.

Mais la bonne foi à rencontré de nos jours une protection auprès des tribunaux chaque fois qu'on a pu trouver du côté de l'assureur une faute même légère. Cette idée nouvelle a donné lieu à un développement de jurisprudence qu'il est bon de signaler.

(1) Pothier, *Contrat d'Assurance*, n° 196.

(2) Emerigon : chap. 1^{er}, section V, § 3.

(3) Emerigon : Chapitre 1^{er}, section V. § 3.

« Considérant (1) dit un arrêt de la Cour de Paris du 18 juillet 1892, que l'intimé ne saurait souffrir des conséquences d'une omission, qui n'est pas son fait, et que dès lors il est fondé à réclamer l'indemnité qui lui a été promise. » La même solution est donnée encore par un arrêt de la Cour de Paris du 4 janvier 1894, dans une espèce où l'intimé n'avait pas fait connaître sa profession, mais où l'agent de la Compagnie, après avoir visité l'établissement avait constaté comme « bâti en dur » ce qui n'était qu'un mélange de lattes et de pierres. Enfin un récent arrêt de la Chambre des Requêtes a dissipé les doutes qui pouvaient s'élever en quelques cas, et a posé en principe que la déchéance est de droit étroit et n'est plus opposable s'il y a une faute même légère à la charge de l'assureur (1). « Attendu, dit la Cour, que la Compagnie ne peut s'exonérer des conditions acceptées par ses agents, dans le contrat qui est leur œuvre propre. » Les conventions légalement faites tiennent lieu de loi à ceux qui les ont acceptées.

Cette jurisprudence est sévère pour les assureurs ; il se peut, qu'en certains cas, la faute soit plus lourde du côté de l'assuré, et presque équivalente au dol. Néanmoins la doctrine contraire ne nous paraîtrait pas fondée. C'est une des règles traditionnelles de notre

(1) Paris, (5^e Chambre), 18 juillet 1892. P. F : 93, 2, 43.

(2) Req. Rej. 24 Mars 1895 (l'*Urbaine*) P. F : 97, 1, 69.

droit de ne pas suppléer au silence des textes pour créer des nullités et des déchéances où il n'en existe pas. La jurisprudence n'a jamais accueilli qu'avec la plus grande défiance ceux qui invoquent des nullités ou des déchéances pour se soustraire à leurs obligations. Ce n'est pas seulement en réprimant la fraude que l'on assure l'ordre public ; c'est aussi en montrant par une juste appréciation des faits, que les sanctions prévues par la loi ne peuvent pas servir les intérêts privés au détriment de l'intérêt public.

Conclusion du Titre Second.

Nous finissons avec ce titre l'étude pratique de la notion d'ordre public ; en même temps nous finissons l'examen de toutes les questions que nous nous étions proposées.

Cependant notre tâche n'est pas encore achevée. On comprendrait mal l'importance d'une notion d'ordre public, si l'on n'en connaissait pas le fondement, qu'il nous faudra rechercher dans les sciences morales, d'où le droit dérive et dont il n'est lui-même qu'une branche. Sans cette étude nouvelle, qui terminera notre travail, les sanctions de l'ordre public paraîtraient inexplicables ; la raison qui recherche l'en-

chainement des idées et des faits, ne se contente pas d'obéir aux ordres d'une puissance même souveraine comme celle de la loi, il faut que ces ordres soient justifiés, car la raison enseigne qu'il ne peut y avoir « de droit contre le droit. »

CONCLUSION

Du fondement juridique et moral de la notion d'Ordre Public

CONCLUSION GÉNÉRALE

En face des problèmes que soulèvent la philosophie, l'histoire et le droit, deux idées divisent toujours l'esprit humain. Les uns, dédaigneux des études spéculatives, ne recherchent à l'origine des institutions, que l'utilité sociale ou la volonté positive du législateur. Les autres, soucieux d'éviter les solutions arbitraires suivent une voie opposée, et conduits par l'enchaînement des idées et des faits, ils remontent aux principes, qui sont dans le droit, comme dans toute autre science morale, le fondement des notions juridiques.

Ces deux systèmes opposés se retrouvent ici, quand il s'agit de rechercher à quel principe, on doit rattacher l'existence d'une notion d'ordre public,

I

Suivant une première doctrine, la notion d'ordre public n'est que l'expression de la volonté positive du législateur, qui ordonne ou défend certains actes. Pour connaître cette notion, il suffirait d'ouvrir le Code. Le texte qui contient une disposition de cette nature ne serait qu'une application particulière de la notion aux faits qu'elle prétend régir.

Telle est la doctrine qu'enseigne M. Demolombe : « Il serait plus exact, écrit-il, plus logique et aussi plus prudent de dire que la loi véritable, c'est-à-dire la règle civilement obligatoire est toujours positive, et que sous ce rapport nous n'avons qu'une espèce de droit, qu'une espèce de lois, savoir : le droit, les lois sanctionnées par la puissance publique. » (1).

Malgré la haute autorité de cette doctrine, nous croyons qu'elle est insuffisante et même dangereuse. Elle est insuffisante, parce qu'elle n'explique pas le caractère immuable et permanent de certaines dispositions d'ordre public. Sans doute la volonté de la loi est souveraine, mais il y a des réformes que l'on n'ose pas entreprendre et il y a des traditions que l'on respecte. C'est donc qu'il y a un ordre établi, indépendant de la

(1) Demolombe, *Droit Civil*, Tome 1, n° 8.

loi positive, qui trouve sa raison d'être dans une force supérieure à la loi, c'est-à-dire l'ordre public, qui commande, domine et contient la volonté du législateur.

Nous croyons, en second lieu, que cette doctrine est dangereuse (1) : encore que les exemples d'arbitraire ou de partialité législative soient heureusement assez rares, il ne faut pas oublier cependant, que si le pouvoir qui fait la loi est un pouvoir souverain, il a en vertu de cette souveraineté, une tendance inquiétante à effacer, à absorber même les autres pouvoirs de l'État. On ne saurait trop lui rappeler, que pour être souverain il n'en doit pas moins obéir à une raison supérieure, et que ce n'est pas dans son omnipotence qu'il trouve la justification de ses actes. L'histoire de toutes les législations, et en particulier celle du droit intermédiaire, nous enseigne de la manière la plus frappante que la passion emporte ce que la passion a créé, et que ce n'est pas sur ces bases incertaines que l'on peut construire, suivant la belle expression de Thucydide, Κτῆματα εἰς αἰ.

(1) V. sur ce point une étude de M. Prospero Fedozzi, professeur à l'Université de Padoue ; dans le *Journal du Droit International privé*, 1892, p. 37 et suivantes.

II

Combien la doctrine qui donne pour fondement à la notion d'ordre public, la morale elle-même, nous paraît plus sage et plus vraie ! Oui, on répète souvent que le domaine du droit et celui de la morale sont distincts, et que le rôle de la loi n'est pas de faire respecter toutes les règles de la morale. Cela est vrai : mais il ne faut pas pousser cette doctrine jusque dans ses dernières conséquences, car l'on arriverait à proclamer l'indifférence de la loi pour la morale ; et nous soutenons qu'une telle indifférence serait la plus grande faute que puisse commettre un législateur.

Quid leges sine moribus ? disaient les plus éclairés des philosophes anciens. Ils avaient constaté que c'est le progrès des mœurs qui prépare le progrès des lois. Qui aurait pu faire une loi sur l'esclavage, dans un moment où le monde l'admettait. Mais si le progrès des mœurs prépare celui du droit, le progrès du droit à son tour consolide et fortifie ce qu'a gagné la morale publique. Les conquêtes du bien sont sans cesse menacées : la loi qui doit les protéger ne peut être indifférente quand il s'agit d'une question de probité sociale ou de morale publique.

III

Aussi, pensons-nous, sincèrement, sans entrer dans de plus longs développements que le droit, et en particulier la notion d'ordre public, qui en forme un des plus solides fondements, ne saurait avoir une base plus sûre que la morale elle-même. « Si le droit, dit Valette, (1) ne se propose pas de réglementer tous les devoirs de l'homme en général, la loi n'entend pas confirmer par son intervention ce qui serait contraire à la morale. La morale entre donc, ici, dans l'article 6, par un coin dans l'étude du droit. »

(1) Valette, *Droit Civil*. article 6 ; page 39. — Explication du Titre Préliminaire.

TABLE

des articles des Codes ou Lois étrangères et des décisions judiciaires rendues par les Tribunaux étrangers dont le rapprochement ou le commentaire est fait dans la présente étude.

1° TEXTES DES LOIS

ANCIEN ROYAUME DES PAYS-BAS.

Code Guillaume : Titre XIII, art. 18 (art. 327 Code civil).

CODE HOLLANDAIS.

Articles 353 (Tutelle) ; 1825 (Exception de jeu).

LANDRECH PRUSSIEN.

Paragraphe 270. I, 5 (usages).

LOI D'INTRODUCTION DU CODE CIVIL ALLEMAND.

Articles 3 et 32 (usages).

CODE CIVIL ALLEMAND.

Articles 157. — Promulgation des contrats.

— 242. — Obligation de donner.

— 719. — Contrat de Société

— 1018. — Servitudes.

— 1638. — Administration légale du père.

— 1639. — Administration légale du père.

— 1643. — Tribunal des tutelles.

CODE ITALIEN.

Article 220 (Tutelle).

CODE ESPAGNOL

Article 154 (Tutelle).

2° DÉCISIONS JUDICIAIRES

A. — Angleterre.

Cour du Banc de la Reine : 7 décembre 1878.

B. — Allemagne.

Tribunal urbain de Francfort-s.-le-Mein : 16 février 1876.

Cour suprême de l'Empire : 4 juin 1872.

C. — Belgique.

Cour d'appel de Bruxelles, 18 février, 30 juillet 1888, 26 avril 1893.

D. — Espagne.

Cour suprême d'Espagne : 16 août 1889, 22 février 1889.

E. — Etats-Unis.

Cour de Pensylvanie : 7 mars 1882.

F. — Hollande.

Tribunal de Middelbourg : 17 juillet 1895.

Cour d'appel d'Amsterdam : 27 décembre 1895.

G. — Italie.

Cour de cassation de Naples : 7 janvier 1895.

H. — Suisse.

Tribunal du canton de Vaud : 16 mai 1894.

Tribunal fédéral suisse : 1^{er} mai 1890.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	PAGES
Aperçu sommaire sur le développement historique de la notion d'ordre public.....	13

LIVRE PREMIER

ÉTUDE THÉORIQUE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC.

TITRE PREMIER

Nécessité d'une notion d'ordre public.

Chapitre I. — Protection et limitation de la puissance maritale.....	22
Chapitre II. — Protection et limitation de la puissance paternelle.....	27
Chapitre III. — Protection et limitation de l'incapa- cité.....	31
Chapitre IV. — Protection et limitation du domaine de propriété.....	35

Chapitre V. — Protection et limitation de la liberté des conventions.....	39
--	----

TITRE SECOND

*Des éléments définis ou invariables dans la notion
d'ordre public.*

SECTION I. — ÉLÉMENTS POSITIFS.

Chapitre I. — La loi pose un principe.....	48
Chapitre II. — La loi donne une décision impérative..	53
SECTION II. — ÉLÉMENTS NÉGATIFS	
Chapitre III. — La loi dénie une action.....	57
Chapitre IV. — La loi refuse un droit.....	61
Chapitre V. — La loi restreint un droit.....	65
Conclusion du Titre second.....	70

TITRE TROISIÈME

*Des éléments indéfinis ou variables dans la notion
d'ordre public.*

INTRODUCTION

De la déduction et de l'analogie dans la jurisprudence.	74
Chapitre I. — Exemple de déduction dans la jurispru- dence	77
Chapitre II. — Exemple d'analogie dans la jurispru- dence.....	84

APPENDICE

Des usages commerciaux dans leurs rapports avec la notion d'ordre public.....	92
--	----

LIVRE SECOND

ÉTUDE PRATIQUE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

TITRE PREMIER

*Conséquences pratiques de l'application d'une notion
d'ordre public.*

Chapitre I. — Maintien de la tradition.....	97
Chapitre II. — Consécration des changements sociaux.	102
Chapitre III. — Préparation des réformes législatives.	112

APPENDICE

Conflit de l'équité et de la notion d'ordre public.....	118
---	-----

TITRE SECOND

Des sanctions de l'ordre public.

SECTION I. — MOYENS PRÉVENTIFS.

Chapitre I. — Des empêchements....	125
Chapitre II. — Des défenses.....	131

SECTION II. — MOYENS RÉPRESSIFS.

Chapitre III. — De la responsabilité civile.....	136
Chapitre IV. — Des nullités.....	141
Chapitre V. — Des déchéances.....	146

CONCLUSION GÉNÉRALE

Du fondement juridique et moral de la notion d'ordre public.....	152
Tables.....	157, 159, 163

TABLE ANALYTIQUE & DÉTAILLÉE

De la Notion d'Ordre Public et de ses applications à la Jurisprudence Civile & Commerciale.

INTRODUCTION

PAGES

Aperçu sommaire du développement historique de la notion d'ordre public. — Le Digeste. — Beaumanoir. — Dumoulin. — Arrêtés de Lamoignon. — Arrêts du Parlement du 13 mai 1681; du Conseil d'Etat du 24 mai 1766; du Conseil du Roi, du 15 septembre 1765 et du 7 août 1785.

Les Travaux Préparatoires du Code Civil : Opinions et discours de : ANDRIEUX, PORTALIS, FAURE, BOULAY DE LA MEURTHE... ..

13

LIVRE PREMIER

Etude théorique de la Notion d'Ordre public.

TITRE PREMIER

De la nécessité d'une notion d'ordre public dans le droit privé......

19

CHAPITRE PREMIER. — Protection et limitation de la Puissance maritale.....

22

<i>Application.</i> — Du Contrat de Société entre époux, dans ses rapports avec le principe de l'immuabilité des Conventions Matrimoniales. :	
CHAPITRE SECOND. — Protection et limitation de la Puis- sance paternelle.....	27
<i>Application.</i> — De l'administration et de l'usu- fruit légal ; validité des clauses testamentaires privatives de ce droit.	
CHAPITRE TROISIÈME. — Protection et limitation de l'incapacité.....	31
<i>Application.</i> — Du droit d'appel contre les déci- sions du Conseil de Famille.	
CHAPITRE QUATRIÈME. — <i>Protection et limitation du domaine de propriété</i>	35
<i>Application.</i> — De l'affectation des terrains expro- priés au domaine public : point de départ de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité.	
CHAPITRE CINQUIÈME. — <i>Protection et limitation de la liberté des Conventions</i>	39
<i>Application.</i> — De la valeur d'un Contrat de Mariage qui établit, pendant la durée de la Communauté, une indivision forcée entre les immeubles propres de chacun des époux.	

TITRE SECOND

<i>Des éléments définis ou invariables dans la notion d'ordre public</i>	45
SECTION I. — <i>Des éléments positifs.</i>	
CHAPITRE PREMIER. — <i>La loi pose un principe</i>	48
Principe de l'article 686 Civ. sur les servitudes.	

CHAPITRE SECOND. — <i>La loi donne une décision impérative</i>	53
<i>Application.</i> — De l'égalité dans les faillites ; controverse au sujet des intérêts des créances contestées.	

SECTION II. — *Des éléments négatifs.*

CHAPITRE TROISIÈME. — <i>La loi dénie une action</i>	57
<i>Application.</i> — De la prescription extinctive d'une dette hypothécaire à terme, dans le cas où le fonds grevé d'hypothèque est vendu à un tiers avant la naissance du terme. Point de départ de la prescription extinctive du droit du créancier.	
CHAPITRE QUATRIÈME. — <i>La loi refuse un droit</i>	61
<i>Application.</i> — Du nouvel article 1780 du Code Civil et de l'interdiction de renoncer d'avance aux dommages et intérêts.	
CHAPITRE CINQUIÈME. — <i>La loi restreint un droit</i>	65
<i>Application.</i> — Du nom commercial et de l'usage des marques emblématiques	

TITRE TROISIÈME

*Des éléments indéfinis ou variables dans la notion
d'ordre public.*

<i>Introduction.</i> — Variations de certains éléments de la notion d'ordre public, dans ses rapports avec l'état social	74
<i>Etude de ces variations dans la jurisprudence.</i> De la méthode déductive et de la méthode d'analogie dans la jurisprudence.	

CHAPITRE PREMIER. — Exemple de la <i>méthode déductive</i> appliquée à la jurisprudence.....	77
Théorie de la dotalité renfermée ou représentation de valeurs dotales par des paraphernaux.	
CHAPITRE SECOND. — Exemple de la <i>méthode d'analogie</i> dans la jurisprudence.....	84
De la personnalité des Sociétés civiles.	
<i>Appendice.</i> — Des usages commerciaux dans leurs rapports avec la notion d'ordre public....	92

LIVRE SECOND

Etude pratique de la notion d'ordre public

TITRE PREMIER

Conséquences pratiques de l'application d'une notion d'ordre public.

<i>Introduction.</i> — Etude de ces conséquences dans le passé, le présent et l'avenir	95
CHAPITRE PREMIER. — Dans le passé : <i>Matière de la tradition</i>	97
<i>Application.</i> — Les particuliers ont-ils comme les Etats le droit de faire une conversion de leurs dettes ?	
CHAPITRE SECOND. — Dans le présent : <i>Consécration des changements sociaux</i>	102
<i>Application.</i> — Etude d'une jurisprudence nouvelle au sujet de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme.	

CHAPITRE TROISIÈME. — Dans l'avenir : <i>Préparation des réformes législatives</i>	112
<i>Application.</i> — De l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat.	
<i>Appendice.</i> — Conflit de la notion d'équité et de la notion d'ordre public.....	118

TITRE SECOND

Sanctions de la notion d'ordre public.

SECTION I. — *Moyens préventifs.*

CHAPITRE PREMIER. — Empêchements.....	125
<i>Application.</i> — L'engagement dans les ordres constitue-t-il un empêchement au mariage ?	
CHAPITRE SECOND. — Défenses.....	131
<i>Application.</i> — Des droits du Ministère public, en matière civile, et des cas où il ne peut poursuivre d'office une rectification que les parties ne demandent pas.	

SECTION II. — *Moyens répressifs.*

CHAPITRE PREMIER. — Responsabilité civile.....	136
<i>Application.</i> — Du préjudice matériel et moral causé par la concurrence déloyale et de l'obligation de le réparer.	
CHAPITRE SECOND. — Nullités.....	141
<i>Application.</i> — Des constitutions de dot, dans leurs rapports avec la législation de la faillite.	

CHAPITRE TROISIÈME. — Déchéances.....	146
<i>Application</i> — Des déchéances dans les contrats d'assurances par suite de réticences ou fausses déclararations.	

CONCLUSION GÉNÉRALE

Du fondement juridique et moral de la notion d'ordre public.

<i>Paragraphe I.</i> — Examen de la doctrine qui donne pour fondement à la notion d'ordre public la volonté du législateur. Opinion de Demolombe..	153
<i>Paragraphe II.</i> — Examen de la doctrine qui donne pour fondement à la notion d'ordre public le droit naturel.....	155
— Rapports du droit et de la morale : réserves néces- saires. Opinion de Valette. Conclusion	156

Vu : Le Président de la Thèse,
 ANDRÉ WEISS

Vu : Le Doyen de la Faculté,
 E. GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
 GRÉARD.

